Universitas
BIBLIOTHECA
Ottaviensis

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Ottawa

http://www.archive.org/details/traitssurdiff03poth

# TRAITÉS
## DE
# DROIT CIVIL,
## *ET DE JURISPRUDENCE*
## FRANÇOISE.

*TOME III.*

# TRAITÉS

## *Contenus en ce Volume.*

Le Traité des Contrats *Aléatoires.*
Le Traité des Contrats *d'Assurance.*
Le Traité du *Prêt à la grosse Aventure.*
Le Traité du *Jeu.*
Le Traité du Contrat de *Mariage.*
Et le Traité de *la Communauté.*

# TRAITÉS

SUR

*DIFFÉRENTES MATIERES*

# DE DROIT CIVIL,

*APPLIQUÉES*

A L'USAGE DU BARREAU;

*ET*

# DE JURISPRUDENCE FRANÇOISE;

*PAR M. POTHIER, Conseiller au Présidial d'Orléans, & Professeur de Droit François en l'Université de la même Ville.*

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

TOME TROISIEME.

*A PARIS,*

Chez JEAN DEBURE, Pere, Libraire, Quai des Augustins, à l'Image S. Paul.

*A ORLÉANS,*

Chez la Veuve ROUZEAU-MONTAUT, Imprimeur du Roi, de l'Evêché, de l'Université, de la Ville & du College.

M. DCC. LXXIII.

*AVEC PRIVILEGE DU ROI.*

Universitas
BIBLIOTHECA
Ottaviensis

# TRAITÉS

SUR

DIFFÉRENTES MATIÈRES

DE DROIT CIVIL,

APPLIQUÉES

A L'USAGE DU BARREAU;

PAR

DE JURISPRUDENCE

FRANÇOISE.

PAR M. POTHIER, Conseiller au Présidial d'Orléans, & Professeur de Droit François en l'Université de la même Ville.

TOME TROISIEME.

A PARIS,

C4P
KJV
450
.P6757
1773
V.3

# TABLE

## DES CHAPITRES,

*Sections, Articles & Paragraphes contenus dans le Traité du Contrat d'Aſſurance.*

### CHAPITRE PREMIER.

*CE que c'eſt que le* Contrat d'Aſſurance, *& quelles ſont les choſes qui ſont de l'eſſence de ce Contrat*, Pag. 3
SECT. I. *Ce que c'eſt que le* Contrat d'Aſſurance, ibid.
SECT. II. *Quelles ſont les choſes qui ſont de l'eſſence du Contrat d'Aſſurance*, 5
ART. I. *Des choſes qu'on a fait aſſurer*, ibid.
§. I. *Il faut une choſe qu'on faſſe aſſurer*, ibid.
§. II. *Quelles ſont les choſes qu'on peut aſſurer*, 11
ART. II. *Des riſques*, 17
§. I. *Il faut qu'il y ait un riſque auquel la choſe ſoit expoſée*, ibid.
§. II. *Quels ſont les riſques dont ſe charge l'aſſureur par le Contrat d'Aſſurance*, 18
§. III. *Quelles ſont les pertes & dommages dont les Aſſureurs ne ſont pas tenus*, 25
ART. III. *Des autres choſes qui ſont de l'eſſence du Contrat d'Aſſurance*, 30
§. I. *De la ſomme que les Aſſureurs s'obligent de payer, en cas de perte des choſes aſſurées*, ibid.
§. II. *De la* Prime, 33
§. III. *Du conſentement*, 36

### CHAPITRE II.

*Des perſonnes entre leſquelles intervient le Contrat d'Aſſurance ; & de la forme de ce Contrat*, 37
SECT. I. *Des perſonnes entre leſquelles intervient le Contrat d'Aſſurance*, ibid.
SECT. II. *De la forme du Contrat d'Aſſurance maritime*, 39

### CHAPITRE III.

*Des* Obligations, *tant des Aſſureurs que des Aſſurés ; & des* Actions *qui en naiſſent*, 44
SECT. I. *Des* Obligations des Aſſureurs *qui naiſſent de la nature du contrat, & des* Actions *qu'elles produiſent*, ibid.
ART. I. *De l'obligation de payer la ſomme aſſurée*, 45
§. I. *Quelles ſont les choſes qui donnent ouverture à cette obligation ; & de l'action qui en naît*, 46
§. II. *De la ſignification que l'Aſſuré doit faire aux Aſſureurs, de l'accident qui a cauſé la perte des effets aſſurés*, 48
§. III. *Du délaiſſement*, 50
§. IV. *De la déclaration que l'Aſſuré, en faiſant ſon délaiſſement, doit faire de toutes les aſſurances qu'il a fait faire ; & de l'argent qu'il a pris à la groſſe ſur les effets aſſurés*, 53
§. V. *De la ſignification que l'Aſſuré doit faire des pieces juſtificatives, tant du*

*chargement & de la valeur des effets assurés, que de leur perte*, 54
§. VI. *Exceptions que les Assureurs peuvent opposer contre la demande de la somme assurée*, 58
§. VII. *De la condamnation qui intervient sur cette action ; du terme qu'ont les Assureurs pour payer la somme assurée ; & des déductions qu'ils peuvent faire*, 60
ART. II. *De l'obligation d'indemniser des Avaries*, 61
ART. III. *De l'obligation que contractent les Assureurs, en assurant la liberté d'une personne, & de l'action qui en naît*, 64
SECT. II. *Des obligations de l'Assuré, qui naissent de la nature du contrat*, 66
SECT. III. *Des obligations que forme la bonne foi entre les parties dans le Contrat d'Assurance*, 71
SECT. IV. *Des Juges qui doivent connoître des contestations, auxquelles peuvent donner lieu les obligations qui naissent du Contrat d'Assurance*, 74

# TRAITÉ DU CONTRAT DE PRÊT A LA GROSSE-AVENTURE.

ARTICLE PREMIER, Pag. 77
ART. II. *De ce qui compose la substance du Contrat de Prêt* à la grosse-Aventure, 79
§. I. *De la somme prêtée*, ibid.
§. II. *Des choses sur lesquelles se fait le Prêt* à la grosse, 80
§. III. *Des risques*, 83
§. IV. *Du profit maritime*, 84
§. V. *Du consentement*, 86
ART. III. *De la forme du contrat de* Prêt à la Grosse, 86
ART. IV. *De l'obligation que forme le contrat* à la Grosse ; *de la condition dont elle dépend, & de l'action qui en naît*, 88
§. I. *De l'obligation que forme le contrat* à la Grosse, *& de la condition dont elle dépend*, ibid.
§. II. *De l'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur par le contrat* à la Grosse. 95

# TRAITÉ DU JEU.

## CHAPITRE PREMIER.

*SI le jeu est mauvais par le droit naturel*, Pag. 100
SEC. I. *Du contrat que renferme le jeu considéré en soi-même & sans rapport à sa fin*, ibid.
ART. I. *Si le jeu considéré en lui-même & sans aucun rapport à la fin que se proposent les joueurs, est mauvais*, ibid.
ART. II. *Quelles conditions doivent être observées dans le jeu, pour qu'il ne s'écarte point des regles de la justice*, 103
§. I. *Il faut que chacun des joueurs ait droit de disposer de la somme qu'il joue*, ibid.
§. II. *Du libre consentement des joueurs*, 104
§. III. *De l'égalité qui est requise dans le contrat du jeu*, 107
§. IV. *De la fidélité que les joueurs doivent apporter au jeu*, 112

SEC. II. *Du jeu considéré par rapport à la fin pour laquelle on joue*, 113
§. I. *Des fins qu'on peut avoir dans le jeu désintéressé*, 114
§. II. *De la fin que peuvent avoir les joueurs dans les jeux intéressés*, 115

CHAPITRE II.

*Où l'on rapporte les Loix des Romains & les nôtres sur le jeu*, 117
§. I. *Loix Romaines*, ibid.
§. II. *Des Loix des Rois de France*, 119

CHAPITRE III.

*Si le jeu produit quelqu'obligation ; & si on est obligé de restituer ce qu'on a gagné au jeu à ceux qui l'ont perdu*, 120
§. I. *Examen de la question dans le cas auquel la Loi civile condamne le jeu, sans néanmoins accorder aux perdans la répétition des sommes perdues au jeu*, 121
§. II. *Examen de la question dans les pays où il y auroit une Loi en vigueur qui donneroit aux perdans une action pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu, contre les gagnants qui les ont reçues*, 126

# TABLE DES CHAPITRES,

*Articles, Sections & Paragraphes, contenus dans le Traité du Contrat de Mariage.*

## PREMIERE PARTIE.

*Ce que c'est que le Contrat de Mariage : quelles étoient chez les Romains les différentes especes de Mariages ; & par quelles loix le Mariage est régi*, 130

CHAPITRE PREMIER.

*Ce que c'est que le Contrat de Mariage*, ibid.

CHAPITRE II.

*Des differentes especes de mariage que pouvoient contracter les citoyens Romains*, ibid.
§. II. *Cette double espece de mariage est-elle encore en usage*, 133
§. III. *Du mariage des Esclaves*, ibid.

CHAPITRE III.

*Par quelles loix se régit le contrat de mariage*, 134
ART. I. *De l'autorité de la puissance seculiere sur le mariage*, ibid.
ART. II. *De l'autorité de l'Eglise sur les mariages*, 139

## SECONDE PARTIE.

*DES choſes qui ont coutume de précéder le mariage*, 141

CHAPITRE PREMIER.

*Des Fiançailles*, ibid.
ART. I. *De l'antiquité de l'uſage des Fiançailles ; & des raiſons de cet uſage*, 142
ART. II. *Quelles perſonnes peuvent contracter enſemble des fiançailles*, ibid.
ART. III. *Comment ſe contractent les fiançailles*, 143
ART. IV. *Des choſes qui ont coutume d'accompagner les fiançailles*, 145
§. I. *De la bénédiction des fiançailles*, ibid.
§. II. *Des arrhes, & des préſens de mariage*, 146
§. III. *De l'acte qui contient les conventions matrimoniales*, 148
ART. V. *Des effets que produiſent les fiançailles*, ibid.
ART. VI. *Quels Juges ſont compétents pour connoître de la validité des fiançailles ; la partie qui refuſe de les exécuter peut-elle y être contrainte, & quelle eſt la peine de ſon refus*, 149
ART. VII. *Des cauſes qui peuvent décharger de leur engagement les parties qui ont contracté des fiançailles*, 151

CHAPITRE II.

*Des Bans de mariage*, 155
§. I. *De l'antiquité de l'uſage des bans de mariage, & de leur néceſſité*, ibid.
§. II. *De la forme des bans de mariage*, 157
§. III. *Par qui doit ſe faire la publication des bans*, ibid.
§. IV. *Où doit ſe faire la publication des bans*, ibid.
§. V. *En quel temps ſe fait la publication des bans*, 158
§. VI. *Des choſes dont le Curé doit s'aſſurer avant de publier les bans de mariage*, 159
§. VII. *Des diſpenſes de bans*, ibid.
§. VIII. *Des oppoſitions aux bans*, 160

## TROISIEME PARTIE.

*DES perſonnes qui peuvent contracter mariage enſemble ; & des empêchemens de mariage qui ſe rencontrent dans les perſonnes*, 162

CHAPITRE PREMIER.

*Diviſions générales des empêchemens de mariage qui ſe rencontrent dans les perſonnes*, 163

CHAPITRE II.

*Des empêchemens dirimans de mariage qui ſont abſolus*, 164
ART. I. *Du défaut de raiſon*, 165
ART. II. *Du défaut de puberté*, 165
ART. III. *De l'impuiſſance*, 166
ART. IV. *De l'empêchement qui réſulte d'un mariage ſubſiſtant*, 167
ART. V. *De l'empêchement que forment les vœux ſolemnels*, 172
ART. VI. *De l'empêchement qui réſulte des Ordres ſacrés*, 177

CHAPITRE III.

*Des empêchemens dirimants rélatifs, ou de l'incapacité qu'ont certaines perſonnes de ſe marier enſemble*, 181
ART. I. *De l'empêchement qui réſulte de la*

*parenté naturelle*, 181
§. I. *Ce que c'eſt que la parenté, & quelles ſont les manieres de compter les degrés dans les différentes lignes de parenté*, 182
§. II. *Quelles parentés forment un empêchement dirimant de mariage, & quels ont été à cet égard les différens changemens de diſcipline*, 187
ART. II. *De l'empêchement qui réſulte de l'affinité*, 199
§. I. *Ce que c'eſt qu'affinité*, ibid.
§. II. *Quelles affinités forment un empêchement dirimant de mariage; changement de diſcipline à cet egard*, 200
§. III. *Des genres d'affinité abrogés par le Concile de Latran*, 204
§. IV. *De l'eſpece d'affinité qui naît d'une union illicite*, 205
QUEST. I. *Si l'eſpece d'affinité qui naît d'une union illicite, étoit connue dans le Droit Romain; & ſi elle formoit dans ce Droit un empêchement de mariage*, 206
QUEST. II. *Si dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, l'eſpece d'affinité qui naît d'une union illicite, formoit un empêchement dirimant de mariage*, ibid.
QUEST. III. *Si avant le Concile de Trente l'eſpece d'affinité qui naît d'un mariage charnel illicite, formoit un empêchement de mariage, dans tous les mêmes degrés que l'affinité, proprement dite, qui naît du mariage conſommé*. 207
QUEST. IV. *Si depuis le Concile de Trente, qui a reſtreint au premier & au quatrieme degré de l'affinité qui naît du commerce illicite, l'empêchement de mariage, on peut licitement contracter mariage dans le troiſieme & quatrieme degré de cette affinité*, 208
QUEST. V. *Si l'affinité formée par un commerce charnel illicite entre une des perſonnes qui ont eu ce commerce, & les parens de l'autre, fait un empêchement dirimant de mariage dans les degrés prohibés, lorſque ce commerce a été tenu ſecret; & quelles preuves doit-on recevoir de ce commerce*, 209
QUEST. VI. *Quel effet a l'affinité formée par un commerce charnel illicite que l'un des conjoints a eu pendant ſon mariage avec la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a été contractée*, 210
ART. III. *De l'empêchement dirimant qui réſultoit de la parenté purement civile*, 211
ART. IV. *De l'empêchement dirimant qui réſulte de l'alliance ſpirituelle*, 212
§. I. *Quelles ſont les différentes eſpeces d'alliance ſpirituelle; & avec quelles perſonnes elles ſont contractées*, ibid.
§. II. *Quelle a été la diſcipline de l'Egliſe dans les différens ſiecles ſur l'empêchement dirimant de mariage que forme l'alliance ſpirituelle*, 213
§. III. *Quelle eſt la diſcipline établie par le Concile de Trente ſur les empêchemens dirimants qui réſultent de l'alliance ſpirituelle*, 220
§. IV. *De quelques eſpeces particulieres à l'égard deſquelles on avoit mis autrefois en queſtion, ſi elles formoient une alliance ſpirituelle & un empêchement de mariage*, 223
I^re. ESPECE. *Des Parrains de Catéchiſme, & de ceux qui le ſont, lorſqu'on ſupplée les cérémonies du Baptême*, ibid.
II^e. ESPECE. *De l'extenſion de la parenté ſpirituelle au mari ou à la femme; des perſonnes avec qui elle eſt contractée*, 223
III^e. ESPECE. *Si les enfans de deux comperes ou commeres peuvent valablement contracter mariage*, 224
IV^e. ESPECE. *Si le parrain & la marraine contractent enſemble quelque alliance ſpirituelle*, 225
ART. V. *De l'empêchement d'honnêteté publique*, ibid.
§. I. *De l'empêchement qui réſulte des fiançailles*, ibid.
§. II. *De l'affinité qui réſulte du mariage non-conſommé*, 228

§. III. *Autre cas*, 229
ART. VI. *De l'empêchement qui réſulte du rapt & de la ſéduction*, 230
§. I. *Du rapt*, ibid.
§. II. *De la ſéduction*, 231
ART. VII. *De l'empêchement de mariage qui réſulte de l'adultere*, 232
ART. VIII. *De l'empêchement qui réſulte du meurtre*, 236
ART. IX. *De l'empêchement qui réſulte de la diverſité de Religion*, 237

## CHAPITRE IV.

*Des diſpenſes qu'on accorde des empêchemens de mariage, qui ſe rencontrent dans les perſonnes*, 242
ART. I. *A qui appartient le pouvoir d'accorder des diſpenſes des empêchemens de mariage*, 243
ART. II. *Pour quelles eſpeces d'empêchemens peut-on obtenir diſpenſe*, 248
ART. III. *Principes ſur la conceſſion des diſpenſes des empêchemens de mariage*, 252
§. I. *De la nature du pouvoir qu'ont les Superieurs Eccléſiaſtiques d'accorder diſpenſes*, ibid.
§. II. *Application du principe aux diſpenſes des empêchemens de mariage*, 254
§. III. *Diſtinction à l'égard de la conceſſion des diſpenſes entre les mariages qui n'ont pas encore été contractés, & ceux à la célébration deſquels les parties ont déja paſſé*, 255
ART. IV. *Des principales cauſes qu'on a coutume d'expoſer pour obtenir les diſpenſes des empêchemens de parenté & d'affinité; & des diſpenſes qui s'accordent ſans cauſe*, 256
ART. V. *De la forme des diſpenſes, & de ce que doit contenir la ſupplique pour les obtenir*, 258
§. I. *De la forme des diſpenſes*, ibid.
§. II. *De ce que doit contenir la ſupplique*, 259
§. III. *De la fulmination des diſpenſes*, 262

# QUATRIEME PARTIE.

*De la forme du Contrat de Mariage, & de l'acte qui en doit être dreſſé*, 264

## CHAPITRE PREMIER.

*Des choſes requiſes dans la forme pour que le mariage puiſſe être valablement contracté, & dont le défaut ou l'inobſervation le rend nul*, 265
SEC. I. *Du conſentement des parties contractantes*, ibid.
ART. I. *De l'erreur*, ibid.
§. I. *De l'erreur ſur la perſonne*, ibid.
§. II. *De l'erreur ſur la qualité de la perſonne*, 266
ART. II. *De la violence & de la ſéduction*, 268
SECT. II. *Du conſentement des perſonnes, qui doit quelquefois dans les mariages accéder à celui des parties contractantes*, 270
ART. I. *Du conſentement des peres, meres, ou curateurs*, ibid.
§. I. *Du conſentement des peres, meres, tuteurs ou curateurs, qui doit intervenir dans le mariage des mineurs*, ibid.
§. II. *Du conſentement des pere & mere au mariage de leurs enfans majeurs*, 280
§. III. *Si le conſentement des peres & meres, tuteurs & curateurs eſt requis pour le mariage des bâtards*, 282
ART. II. *Du conſentement du Roi pour le mariage des Princes*, 283
SEC. III. *De la célébration du mariage en face d'Egliſe; & de la compétence du Prêtre qui le célebre*, 284
ART. I. *De la célébration du mariage en face d'Egliſe*, ibid.

§. I. *De l'antiquité de la bénédiction nuptiale, & de la célébration du mariage dans l'Eglise; & si elles étoient nécessaires dans les premiers siecles pour la validité des mariages,* 284
§. II. *Des Loix qui ont requis pour la validité du mariage, qu'ils fussent célébrés en face d'Eglise,* 287
§. III. *Du droit qui s'observoit dans le douzieme siecle & les suivans, jusqu'au temps du Concile de Trente, à l'égard des mariages clandestins; c'est-à-dire, qui n'étoient pas célébrés en face d'Eglise,* 289
§. IV. *De ce qui se passa au Concile de Trente à l'égard des mariages clandestins,* 290
§. V. *De ce que les Ordonnances de nos Rois ont ordonné contre les mariages clandestins; & de la forme qu'elles ont prescrite pour que les mariages fussent valablement contractés,* 291
ART. II. *De la compétence du Prêtre qui célebre le mariage,* 294
§. I. *Quel est le Prêtre compétent pour la célébration du mariage,* 294
§. II. *De la peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre incompetent,* 293
§. III. *Des peines des Prêtres qui célebrent des mariages sans le consentement par écrit du Curé des parties, ou de l'Evêque,* 298
§. IV. *Si lorsque les parties sont de différentes Paroisses, le Curé d'une des parties peut valablement célébrer le mariage sans le concours & le consentement du Curé de l'autre partie,* 299
ART. III. *Si la célébration du mariage peut se faire par Procureur,* 302

## CHAPITRE II.

*Des choses requises pour la célébration des mariages, dont l'inobservation n'emporte pas la nullité du mariage,* 303

## CHAPITRE III.

*De l'acte qui doit être dressé pour établir la preuve du mariage,* 306

# CINQUIEME PARTIE.

*Des obligations qui naissent du mariage, & effets civils qu'il produit,* 308

## CHAPITRE PREMIER.

*Des obligations qui naissent du mariage,* ibid.
ART. I. *Des obligations que les personnes qui se marient, contractent l'une envers l'autre par le mariage,* ibid.
§. I. *Obligations du mari,* ibid.
§. II. *Obligations de la femme,* 309
ART. II. *Des obligations que le mariage produit dans les peres & meres envers les enfans qui en naissent; & de celles qu'il produit dans les enfans envers leurs peres & meres,* ibid.
§. I. *Obligation des peres & meres,* ibid.
§. II. *Obligation des enfans,* 311
§. III. *Des obligations respectives des peres & meres, & de leurs enfans bâtards,* 313

## CHAPITRE II.

*Des effets civils du mariage,* 314
ART. I. *Quels sont les effets civils du mariage,* ibid.
ART. II. *De la légitimation que le mariage opere des enfans nés du commerce que les parties ont eu ensemble auparavant,* 317
§. I. *De l'origine de la légitimation qui se fait par le mariage, & sur lesquelles elle est fondée,* ibid.
§. II. *Quels enfans peuvent être légitimés par le mariage que contractent leurs pere & mere; & en quels cas,* 321
§. III. *Quels mariages ont l'effet de légitimer les enfans nés auparavant,* 325

§. IV. *Comment ſe fait la légitimation, & quels en ſont les effets*, 327
§. V. *Quels ſont les effets de cette légitimation*, 328
ART. III. *De certains mariages qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils*, 329
I^re. ESPECE, 329
II^e. ESPECE, 330
III^e. ESPECE, 331
ART. V. *Du cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des parties qui l'ont contracté*, 333

# SIXIEME PARTIE.

*DES caſſations de mariage; de leurs diſſolution, & de la ſéparation d'habitation*, 336

## CHAPITRE PREMIER.

*Des caſſations de mariage*, ibid.
ART. I. *Par qui les demandes en caſſation de mariage peuvent-elles être intentées*, ibid.
§. I. *Des parties qui ont contracté le mariage*, ibid.
§. II. *Des peres & meres, & tuteurs*, 338
§. III. *Des tuteurs*, ibid.
§. IV. *Des parens collatéraux*, 339
§. V. *Des autres perſonnes qui ont intérêt à faire déclarer le mariage nul*, 340
§. VI. *Du Curé des parties*, ibid.
§. VII. *De la partie publique*, 341
ART. I. *Par quelles voies, & devant quels Juges la caſſation d'un mariage peut-elle être demandée*, 343
I^er. CAS, ibid.
II^e. CAS, 344
III^e. CAS, 345
ART. III. *De l'office du Juge dans les cauſes de caſſation de mariages; & des jugemens qui ſe rendent ſur cette matiere*, ibid.

## CHAPITRE II.

*De la diſſolution du mariage*, 347
ART. I. *Du divorce & de l'eſclavage*, 348
§. I. *Du divorce*, ibid.
§. II. *De l'eſclavage*, 349
ART. II. *De la Profeſſion Religieuſe*, 350
§. I. *De l'inſuffiſance de la Profeſſion Religieuſe pour rompre le lien du mariage*, ibid.
§. II. *Exception que le droit des Décrétales & le Concile de Trente ont apportée au principe ſur l'inſuffiſance de la Profeſſion Religieuſe, pour rompre le lien du mariage*, 353
ART. III. *Si l'adultere de la femme diſſout le mariage*, 358
ART. IV. *Lorſque l'un des conjoints qui ſe ſont mariés, étant infideles, ſe fait Chrétien, peut-il diſſoudre le lien du mariage qu'il a contracté avec l'autre qui perſévere dans l'incrédulité*, 365
§. I. *Raiſons pour ſoutenir que Saint Paul permet un véritable divorce qui rompt le lien du mariage*, 367
§. II. *Raiſons pour ſoutenir qu'un infidele converti au Chriſtianiſme, ne peut rompre le lien du mariage qu'il a contracté dans l'infidélité, & l'Arrêt intervenu ſur cette queſtion*, 369

## CHAPITRE III.

*De la ſéparation d'habitation*, 374
ART. I. *De la ſéparation d'habitation qui intervient ſur la demande de la femme*, ibid.
§. I. *Quelles ſont les cauſes pour leſquelles une femme peut demander la ſéparation d'habitation*, ibid.
§. II. *Comment s'obtient la ſéparation d'habitation*, 378
§. III. *Des effets de la ſéparation d'habitation*, 379
ART. II. *De la ſéparation d'habitation qui intervient ſur la demande du mari*, 380

SEPTIEME

# SEPTIEME PARTIE.

*Des seconds mariages ; & de l'Edit des secondes noces*, 382

CHAPITRE PREMIER.

*Des seconds mariages*, ibid.

CHAPITRE II.

*De l'Edit des secondes noces*, 384
SEC. I. *Du premier chef de l'Edit des secondes noces*, ibid.
ART. I. *Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'Edit est faite : quelles sont celles auxquelles il leur est défendu de donner*, 386
§. I. *Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'Edit est faite*, ibid.
§. II. *Quelles sont les personnes auxquelles l'Edit défend de donner*, 387
ART. II. *Quels sont les avantages sujets à la réduction de l'Edit*, 389
ART. III. *En quel cas y a-t-il lieu à la réduction de l'Edit, & à quelle part d'enfant sont réductibles les donations faites aux second & ultérieurs maris, ou aux secondes femmes*, 399
ART. IV. *Quels enfans peuvent demander le retranchement ordonné par l'Edit*, 402
ART. V. *Quelles actions ont les enfans pour demander le retranchement ordonné par l'Edit ; & comment y procede-t-on*, 404
ART. VI. *Comment, & à quel titre se partagent les biens retranchés ; & entre quelles personnes*, 411
ART. VII. *Des donations de part d'enfans*, 414
SECT. II. *Du second chef de l'Edit*, 419
ART. I. *Quels avantages du premier mariage sont sujets au second chef de l'Edit*, 420
ART. II. *De l'espece de substitution légale dont l'Edit charge la femme ou l'homme qui se remarient*, 422
ART. III. *Quels sont les enfans qui sont appellés à recueillir la substitution légale établie par le second chef de l'Edit ; l'aîné y prend-t-il son droit d'aînesse, & quand s'éteint-elle*, 426
§. I. *Quels sont les enfans qui sont appellés*, ibid.
§. II. *L'aîné a-t-il droit d'aînesse dans cette substitution*, 429
§. III. *Quand s'éteint cette substitution*, ibid.
SECT. III. *De l'extension que la Coutume de Paris a donnée à l'Edit, par rapport aux conquêts que la femme qui se remarie a de ses précédents mariages*, 430
ART. I. *De la défense faite par la Coutume, à la femme qui se remarie, de disposer au profit de ses seconds, ou autres subséquents maris, des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des enfans des mariages pendant lesquels ils ont été faits*, 432
§. I. *Quels sont les biens compris dans cette défense*, ibid.
§. II. *De l'effet qu'a, par rapport au second mari, la défense faite à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts de son premier mariage*, 438
ART. II. *De la défense que fait la Coutume à la femme qui a convolé en secondes ou autres noces, de disposer des conquêts de ses précédens mariages envers quelque personne que ce soit*, 441
§. I. *Quelle est la nature de la défense de disposer des conquêts, établie par l'article 279 ; & en quoi elle differe du second chef de l'Edit*, 442
§. II. *Limitation de la défense de disposer des conquêts aux portions des enfans du premier mariage*, 443
§. III. *Quelles especes d'aliénation sont comprises sous la défense de disposer des conquêts, établie par l'article 299*, 444

§. IV. *Quand ce droit qu'ont les enfans de faire infirmer les dispositions que leur mere a faites des conquêts, est-il ouvert,* 444

§. V. *En quelle qualité les enfans des précédens mariages ont-ils ce droit de se faire délaisser, pour les portions qu'ils auroient amendées de leur mere, les conquêts qu'elle a aliénés contre la défense de l'article* 279, 445

§. VI. *Quand cesse l'interdiction,* 448

ART. III. *Si la disposition de l'article* 279 *de Paris sur les conquêts du précédent mariage, doit être étendue à l'homme qui s'est remarié; & si elle a lieu dans les autres Coutumes,* 448

§. I. *Si l'article doit être étendu à l'homme qui s'est remarié,* ibid.

§. II. *Si la disposition de l'article* 279 *de la Coutume de Paris sur les conquêts, a lieu ailleurs; & à quelle Coutume on doit avoir égard pour décider si la disposition qu'une femme qui s'est remariée, a faite des conquêts de ses précédens mariages, est valable,* 449

## CHAPITRE III.

*Des peines de l'Ordonnance de Blois contre les veuves qui contractent des mariages avec des personnes indignes,* 451

# TABLE DES SECTIONS,

*Articles & Paragraphes, contenus dans le Traité de la Puissance du Mari.*

## PREMIERE PARTIE.

*DE la puissance du mari sur la personne de la femme,* Pag. 455

SECT. I. *Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin; sur quoi elle est fondée; quand la femme commence à en avoir besoin, & comment elle peut être suppléée,* 456

§. I. *Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin; & sur quoi elle est fondée,* ibid.

§. II. *Quand la femme commence-t-elle à avoir besoin d'autorisation,* 458

§. III. *Comment l'autorisation du mari est-elle suppléée par celle du Juge,* 459

SECT. II. *Quelles sont les femmes qui ont besoin de l'autorisation de leurs maris; & quels sont les maris qui peuvent autoriser leurs femmes,* 460

ART. I. *Quelles femmes ont besoin de l'autorisation de leurs maris,* ibid.

§. I. *Des femmes séparées de biens,* ibid.

§. II. *De la femme marchande publique,* 462

§. III. *De la femme dont le mari a perdu l'état civil,* 463

§. IV. *De la femme dont le mari est tombé en démence,* 464

§. V. *De la femme dont on ignore ce qu'est devenu le mari,* ibid.

§. VI. *De la femme dont le mari passe pour mort dans le public,* ibid.

ART. II. *Quels maris peuvent autoriser*

*leurs femmes*, 465
SECT. III. *Pour quels actes & pour quelles obligations l'autorisation du mari est-elle nécessaire ; & en quel cas la femme peut-elle ester en jugement sans son mari*, 467
§. I. *Pour quels actes*, ibid.
§. II. *Pour quelles obligations la femme mariée a-t-elle besoin de l'autorisation de son mari*, 473
§. III. *Du besoin qu'a la femme de l'assistance de son mari pour ester en jugement*, 475
SECT. IV. *Comment & quand doit s'interposer l'autorisation du mari*, 478
§. I. *Comment l'autorisation du mari doit-elle s'interposer dans les actes extrajudiciaires*, ibid.
§. II. *Quand l'autorisation du mari doit-elle être interposée*, 480
§. III. *De la forme de l'autorisation du mari dans les actes judiciaires*, 482
SECT. V. *Quel est l'effet tant de l'autorisation, que du défaut de l'autorisation*, ibid.

## SECONDE PARTIE.

*De la puissance du mari sur les biens de la femme*, 484

*Introduction au Traité de la Communauté*, 490
§. I. *Quelles conventions peuvent faire les personnes qui se marient*, ibid.
§. II. *Quand & comment doivent se faire les conventions matrimoniales*, 492
§. III. *Quels sont les caracteres propres aux conventions matrimoniales*, 494

# TABLE DES CHAPITRES,

*Sections, Articles & Paragraphes contenus dans le Traité de la Communauté.*

*Article Préliminaire*, Pag. 497

## PREMIERE PARTIE.

*Des personnes entre lesquelles peut être contractée la communauté ; du temps auquel elle commence ; & des choses dont elle est composée, tant en actif que passif*, 504

### CHAPITRE PREMIER.

*Des personnes entre lesquelles peut être contractée la communauté, soit légale, soit*

*conventionnelle ; & du temps auquel elle commence*, 504
ART. I. *Des personnes entre lesquelles peut être contractée la communauté, soit légale, soit conventionnelle*, ibid.
ART. II. *Du temps auquel commence la communauté, soit légale, soit conventionnelle*, 505

## CHAPITRE II.

*Des choses dont est composée, tant en actif que passif, la communauté légale*, 506
SECT. I. *Des choses dont la communauté est composée en actif*, ibid.
ART. I. *Des meubles*, ibid.
§. I. *Des meubles corporels*, 507
REGLES *sur les choses qui sont censées faire partie d'un fonds de terre*, 508
REGLES *sur les choses qui sont censées faire partie d'une maison ou d'un autre édifice*, 514
§. II. *Des meubles incorporels*, 519
§. III. *Des exceptions que souffre le principe qui fait entrer dans la communauté légale tous les meubles de chacun des conjoints*, 533
ART. II. *Des conquêts*, 537
APPLICATION *de la Regle au titre de succession*, 538
APPLICATION *de la Regle aux dons & legs faits en avancement de succession, ou pour en tenir lieu*, 546
APPLICATION *de la Regle aux accommodemens de famille*, 550
APPLICATION *de la Regle aux partages, licitations, & autres actes qui en tiennent lieu*, 552
SUITE *des Regles pour distinguer ce qui est conquêt ou propre de communauté*, 559
ART. III. *Des fruits des propres*, 581
SECT. II. *Du passif de la communauté*, 596
ART. I. *Des dettes des conjoints*, ibid.
§. I. *Des dettes que les conjoints ont contractées avant leur mariage*, ibid.
§. II. *Des dettes que les conjoints contractent durant le mariage*, 601
§. III. *Des dettes contractées par la femme durant la communauté*, 605
§. IV. *Des dettes des successions qui échoient à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage pendant la communauté*, 608
ART. II. *Des autres charges de la communauté légale*, 613

## CHAPITRE III.

*De la communauté conventionnelle, & des différentes conventions qui interviennent par rapport à la communauté*, 615
SECT. I. *De la communauté conventionnelle*, ibid.
SECT. II. *Des différentes clauses qui peuvent intervenir dans les contrats de mariage par rapport à la communauté*, 617
ART. I. *De la clause par laquelle les futurs conjoints conviennent que leur communauté sera regie par une certaine Coutume*, ibid.
ART. II. *De la convention d'apport à la communauté*, 619
§. I. *Quelles sont les choses qui peuvent être imputées sur la somme que le conjoint a promis d'apporter à la communauté*, ibid.
§. II. *Comment le conjoint doit-il justifier qu'il a fourni à la communauté la somme qu'il a promis y apporter*, 622
§. III. *En quoi la convention d'apport d'une somme déterminée, différencie-t-elle la communauté conventionnelle, de la légale*, 623
ART. III. *De la convention d'ameublissement*, 624
§. I. *Quelles sont les différentes especes d'ameublissement ; & quelles sont les différentes clauses qui renferment ou non une convention d'ameublissement*, 625
§. II. *Si les mineurs sont capables de la convention d'ameublissement*, 626
§. III. *Des effets des ameublissemens, tant*

*généraux que particuliers, de corps certains & déterminés*, 627
§. IV. *Des effets des ameublissemens indéterminés*, 629
ART. IV. *De la convention de réalisation, ou stipulation de propre*, 631
§. I. *De la simple convention de réalisation, ou stipulation de propre*, ibid.
§. II. *Des extensions qu'on apporte par les contrats de mariage à la convention de réalisation*, 636
ART. V. *De la convention de séparation de dettes; & de la clause de franc & quitte*, 651
§. I. *De la convention de séparation de dettes*, ibid.
PREMIERE QUESTION. *Quelles sont les dettes comprises dans la convention de séparation de dettes*, 653
QUEST. II. *Quel est l'effet de la convention de séparation de dettes, tant à l'égard des conjoints entr'eux, que vis-à-vis leurs créanciers*, 657
§. II. *De la clause de franc & quitte*, 659
ART. VI. *De la clause de reprise de l'apport de la femme, en cas de renonciation*, 665
§. I. *Quand y a-t-il ouverture au droit qui résulte de la convention pour la reprise de l'apport de la femme*, 666
§. II. *Au profit de qui la dissolution de communauté donne-t-elle ouverture au droit résultant de la convention pour la reprise de l'apport*, 668
§. III. *Lorsque la convention pour la reprise de l'apport de la femme, a été ouverte, soit au profit de la femme, soit au profit de ses héritiers compris dans la convention, par qui l'action qui en résulte peut-elle être exercée?* 674
§. IV. *Quelles choses sont l'objet de cette convention*, 677
ART. VII. *De la convention du préciput*, 684
§. I. *Du préciput légal*, ibid.
§. II. *De la convention du préciput, & du préciput conventionnel*, 696
ART. VIII. *De quelqu'autres especes de conventions*, 700
§. I. *De la convention par laquelle on assigne à chacun des conjoints, ou à ses héritiers, des parts inégales au partage qui se fera des biens de la communauté*, ibid.
§. II. *Du forfait de communauté*, 702
§. III. *De la clause d'exclusion de communauté*, 705
§. IV. *De la séparation contractuelle*, 706
§. V. *D'une autre espece de convention*, 707

## SECONDE PARTIE.

*Du droit des conjoints sur les biens de la communauté*, 708
ART. I. *Développement du premier Axiome*, ibid.
ART. II. *Développement du second Axiome*, 714
ART. III. *Du droit de la femme sur les biens de la communauté*, 721

## TROISIEME PARTIE.

*De la dissolution de communauté ; de l'acceptation qu'en font la femme ou ses héritiers ; & de leur renonciation à la communauté*, 725

### CHAPITRE PREMIER.

*Des manieres dont se dissout la communauté*, ibid.
ART. I. *Quelles sont les différentes manieres dont se dissout la communauté*, ibid.
ART. II. *De la séparation de biens*, 727
§. I. *Pour quelles causes peut intervenir la séparation de biens*, ibid.
§. II. *Comment se fait la séparation de biens*, 728
§. III. *De l'effet de la séparation de biens*, 732
§. IV. *Comment se détruit la séparation de biens judiciaire*, 734

### CHAPITRE II.

*De l'acceptation de la communauté ; & de la renonciation à la communauté*, 738
ART. I. *De l'acceptation de communauté*, 739
§. I. *Par qui, & en quel cas la communauté peut être acceptée*, 739
§. II. *Comment s'accepte la communauté*, 740
§. III. *Des effets de l'acceptation de la communauté*, 745
ART. II. *De la renonciation de la femme, ou de ses héritiers à la communauté*, ibid.
§. I. *Quelles sont les personnes qui peuvent renoncer à la communauté*, ibid.
§. II. *La femme peut-elle par le contrat de mariage, renoncer, soit pour elle, soit pour ses héritiers, à la faculté qu'elle a de renoncer à la communauté*, 746
§. III. *Quand & comment la renonciation à la communauté doit-elle se faire*, 747
§. IV. *De l'inventaire que la femme doit faire pour être reçue à renoncer à la communauté*, 751
§. V. *Des effets de la renonciation à la communauté*, 752
ART. III. *Du cas auquel la femme laisse plusieurs héritiers, dont les uns acceptent la communauté, & les autres y renoncent*, 755

## QUATRIEME PARTIE.

*De la liquidation & du partage qui sont à faire après la dissolution de la communauté*, 760

### CHAPITRE PREMIER.

*Des différentes créances de chacun des conjoints contre la communauté ; & des différentes dettes de chacun desdits conjoints envers la communauté*, ibid.
SECT. I. *Des différentes créances des conjoints contre la communauté*, 761
ART. I. *Du remploi du prix des propres des conjoints, aliénés durant la communauté*, 761
§. I. *En quoi consiste la reprise, lorsque l'héritage propre de l'un des conjoints a été vendu durant la communauté*, 762
§. II. *Quelles especes d'aliénations des héritages & droits immobiliers de chacun des conjoints, donnent lieu à la reprise ; & en quoi consiste-t-elle dans le cas de chacune desdites especes d'aliénations*, 765

§. III. *Si la vente d'un Office de la Maison du Roi, dont le mari étoit pourvu avant son mariage, faite pendant le mariage, peut donner lieu au remploi du prix*, 768
§. IV. *Cas auquel il y a lieu à la reprise du prix d'héritages aliénés, avant que la communauté ait commencé*, 769
§. V. *Le mari est-il tenu du remploi du prix des héritages vendus par sa femme séparée*, ibid.
ART. II. *Des autres créances qu'a chacun des conjoints contre la communauté lors de la dissolution*, 771
ART. III. *Différence entre l'homme & la femme par rapport à leurs créances contre la communauté*, 773
SECT. II. *Des différentes dettes dont chacun des conjoints peut être tenu envers la communauté lors de la dissolution*, 774
ART. I. *Principes généraux sur les récompenses dues à la communauté*, ibid.
ART. II. *De la récompense due à la communauté pour l'acquittement des dettes propres de l'un des conjoints*, ibid.
ART. III. *Des récompenses dues à la communauté, pour les sommes qui en ont été tirées pour les héritages propres de l'un des conjoints*, 781
ART. IV. *De la récompense due à la communauté, pour raison des impenses & améliorations faites sur les héritages propres de chacun des conjoints*, 784
ART. V. *De la récompense due pour les dots des enfans des conjoints, qui ont été dotés des biens de la communauté*, 788
ART. VI. *Des récompenses que peut devoir le mari pour raison de son office*, 796
ART. VII. *De la récompense pour raison de l'office acquis durant la communauté, & retenu par le mari*, 796
§. I. *Quand le mari doit-il faire cette déclaration; & de l'effet tant de cette déclaration, que du défaut de cette déclaration*, 797
§. II. *En quoi consiste la récompense*, 799
§. III. *A l'égard de quels offices ce droit a-t-il lieu*, 800
ART. VIII. *De la récompense due à la communauté pour la conversion que l'un des conjoints a faite de son mobilier en immeubles, pendant le temps intermédiaire entre le contrat de mariage & la célébration de mariage*, 801
SECT. III. *Des créances que l'un des conjoints peut avoir, non contre la communauté, mais contre l'autre conjoint*, 802

## CHAPITRE II.

*Du partage des biens de la communauté après la dissolution; & des actes qui y sont préalables*, 804
ART. I. *De l'inventaire & des recels*, ibid.
§. I. *Ce que c'est que l'inventaire, & quelles sont les choses qu'on y doit comprendre*, ibid.
§. II. *Comment se fait l'inventaire; à la requête de qui; & en présence de qui*, 805
§. III. *Des recels*, 806
ART. II. *Des autres actes préalables au partage*, 808
ART. III. *Du partage de la communauté*, 810
ART. IV. *De l'effet du partage des biens de la communauté; & de la garantie qu'il produit*, 817
§. I. *De l'effet du partage*, ibid.
§. II. *De l'obligation de garantie que produit le partage*, 818

## CINQUIEME PARTIE.

*Comment le mari & la femme, & leurs héritiers, ſont-ils tenus des dettes de la communauté après la diſſolution*, 825
ART. I. *Comment le mari ou ſes héritiers ſont-ils tenus des dettes de la communauté après la diſſolution*, ibid.
ART. II. *Comment la femme ou ſes héritiers ſont-ils tenus des dettes de la communauté envers les créanciers*, 828
ART. III. *Du privilege qu'ont la femme ou ſes héritiers, de n'être tenus des dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'ils en ont amendé*, ibid.
§. I. *En quoi conſiſte ce privilege; & en quoi il differe de celui du bénéfice d'inventaire*, 829
§. II. *Vis à-vis de quelles perſonnes, & à l'égard de quelles dettes la femme ou ſes héritiers ont-ils ce privilege*, 830
§. III. *Sous quelles conditions ce privilege eſt-il accordé à la femme ou à ſes héritiers*, 832
§. IV. *Du compte que la femme ou ſes héritiers doivent aux créanciers de la communauté, pour jouir de ce privilege*, 834
ART. IV. *De l'action hypothécaire qui a lieu contre la femme*, 836
§. I. *Quels ſont les créanciers qui ont cette action hypothécaire contre la femme*, ibid.
§. II. *De l'effet de l'action hypothécaire contre la femme*, 838
ART. V. *Des indemnités reſpectives que les conjoints ont l'un contre l'autre, pour raiſon des dettes de la communauté*, 839

## SIXIEME PARTIE.

*De la continuation de communauté*, 844

### CHAPITRE PREMIER.

*De la continuatisn de communauté qui eſt ſimple*, ibid.
SECT. I. *Ce que c'eſt que la continuation de communauté*, 845
ART. I. *Ce que c'eſt que la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume de Paris*, ibid.
ART. II. *Ce que c'eſt que la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume d'Orléans*, 848
ART. III. *Quelle Coutume doit-on ſuivre pour la continuation de communauté*, 849
SECT. II. *En quel cas y a-t-il lieu à la continuation de communauté*, 851
ART. I. *En quels cas y a-t-il lieu à la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume de Paris*, ibid.
§. I. *Premiere condition; il faut qu'au temps de la mort du prédécédé, il y ait eu une communauté de biens qui ſubſiſtoit entre les deux conjoints*, 852
§. II. *Seconde condition; il faut que le prédécédé ait laiſſé pour héritiers, un ou pluſieurs mineurs de leur mariage, & qu'ils lui aient ſuccédé à une part dans la communauté*, ibid.
§. III. *Troiſieme condition; l'inobſervance de quelqu'une des choſes que la Coutume requiert*

*requiert pour la dissolution de communauté*, 858
§. IV. *Quatrieme condition ; pour qu'il y ait continuation de communauté, il faut qu'elle ait été demandée*, 861
ART. II. *En quel cas y a-t-il lieu à la continuation de communauté, suivant les principes de la Coutume d'Orléans*, 862
SECT. III. *Entre quelles personnes a lieu la continuation de communauté*, 867
SECT. IV. *Des choses qui tombent en la continuation de communauté dont elle est composée*, 870
ART. I. *Des choses qui tombent en la continuation de communauté, & dont elle est composée, suivant les principes de la Coutume de Paris*, ibid.
ART. II. *En quoi differe la Coutume d'Orléans de celle de Paris, sur les choses qui entrent dans la continuation de communauté*, 873
SECT. V. *Des charges de la continuation de communauté*, 876
SECT. VI. *Du pouvoir du survivant sur les biens de continuation de la communauté*, 880
SECT. VII. *Des manieres dont se dissout la continuation de communauté*, 881
ART. I. *Des manieres dont se dissout la continuation de communauté, suivant les principes de la Coutume de Paris*, ibid.
ART. II. *Des manieres dont se dissout la continuation de communauté, suivant les principes de la Coutume d'Orléans*, 884
SECT. VIII. *De l'accroissement des portions des enfans décédés pendant la continuation de communauté*, 885
ART. I. *De cet accroissement, selon les principes de la Coutume de Paris*, ibid.
ART. II. *Du droit d'accroissement qui a lieu dans la Coutume d'Orléans*, 887
SECT. IX. *De l'acceptation, & de la rénonciation à la continuation de communauté*, 888
ART. I. *De l'acceptation, & de la renonciation à la continuation de communauté, suivant les principes de la Coutume de Paris*, ibid.
§. I. *Par qui la continuation de communauté peut-elle être demandée*, 889
§. II. *Si le droit que la Coutume accorde aux enfans de demander continuation de communauté, est sujet à prescription*, 890
§. III. *Quel est l'effet de l'acceptation de la continuation de communauté*, 891
§. VI. *De la renonciation à la continuation de communauté*, 892
§. V. *Si, entre plusieurs enfans, les uns peuvent demander continuation de communauté, les autres y renoncer ; & quelle part en ce cas y ont les acceptants*, 893
ART. II. *Principes de la Coutume d'Orléans sur la renonciation à la continuation de communauté*, 896
SECT. X. *Du partage de la continuation de communauté ; des prélevemens & des rapports qui s'y font*, 898
SECT. XI. *Comment chacune des parties est-elle tenue des dettes de la continuation de communauté*, 901

## CHAPITRE II.

*De la continuation de communauté composée*, 904
SECT. I. *Des choses dont est composée la communauté tripartite*, 906
SECT. II. *Des charges de la communauté tripartite*, 909
SECT. III. *Quel est le chef de la communauté tripartite*, 912
SECT. IV. *De la dissolution de la communauté tripartite*, 913

SECT. V. *De la renonciation à la communauté tripartite*, 913
§. I. *Du cas auquel c'eſt l'homme qui s'eſt remarié*, ibid.
§. II. *Du cas auquel c'eſt la femme qui s'eſt remariée*, 915
SECT. VI. *Du partage des biens de la communauté tripartite ; des prélevements & des rapports qui ſe font à ce pareage*, 916
SECT. VII. *Comment les parties qui ont part à la communauté tripartite, ſont-elles tenues des dettes de ladite communauté*, 920
SECT. VIII. *Eſpece particuliere dans laquelle on a agité la queſtion, ſi un enfant pouvoit prétendre contre ſa belle-mere, la continuation de communauté par tiers*, 922

Fin de la Table du troiſieme Volume.

TRAITÉ

# TRAITÉ
## DU CONTRAT
# D'ASSURANCE.

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LES Contrats de *Vente*, de *Louage*, de *Société*, de même que ceux de *Conſtitution de rente perpétuelle*, & de *Change*, dont nous avons traité juſqu'à préſent, ſont les principales eſpeces des contrats *Commutatifs*. Il faut paſſer maintenant aux contrats *Aléatoires*.

1. Les *contrats Aléatoires*, ſont ceux dans leſquels ce que l'un donne, ou s'oblige de donner à l'autre, eſt le prix d'un riſque dont il l'a chargé.

Ces contrats conviennent avec les *Commutatifs*, en ce qu'ils ſont, comme ceux-ci, intéreſſés de part & d'autre: chacun des contractans ne s'y propoſe que ſon intérêt propre, & n'entend point accorder un bienfait à l'autre; en quoi ils different des *Contrats de Bienfaiſance*.

Les contrats *Aléatoires* different des *Commutatifs*, en ce que dans les commutatifs, ce que chacun des contractans reçoit, eſt le juſte équivalent d'une autre choſe qu'il a donnée de ſon côté, ou qu'il s'eſt obligé de donner à l'autre; au lieu que dans les contrats aléatoires, ce que l'un des contractans reçoit, n'eſt pas l'équivalent d'une choſe qu'il ait donnée, ou qu'il ſe ſoit obligé de donner; mais c'eſt l'équivalent du riſque dont il s'eſt chargé: *Suſcepti periculi pretium*.

Ceci s'éclaircira par des exemples.

Dans le contrat de vente, qui est un contrat commutatif, la chose vendue que l'acheteur reçoit, est l'équivalent de la somme d'argent qu'il donne, ou s'oblige de donner pour le prix de cette chose. *Vice versâ*, cette somme d'argent que le vendeur reçoit, est l'équivalent de la chose vendue qu'il donne, ou s'oblige de donner à l'acheteur.

Au contraire, dans le contrat de *Constitution de rente viagere*, qui est un contrat *Aléatoire*, lorsque celui, sur la tête de qui la rente a été constituée, vient à mourir peu après la constitution, on ne peut pas dire que la somme que le constituant a reçue pour le prix de la constitution, soit l'équivalent d'une autre chose qu'il ait donné de son côté; puisqu'il n'a donné de son côté que les arrérages de quelques mois, pendant lesquels a duré la rente : mais elle est l'équivalent du risque dont il s'est chargé de rendre en arrérages, à un gros intérêt, le double ou le triple de la somme qu'il a reçue, & de ses intérêts ordinaires, dans le cas auquel celui sur la tête de qui la rente a été constituée, auroit vécu long temps. *Vice versâ*, lorsque celui sur la tête, & au profit duquel la rente a été constituée, a vécu quarante ou cinquante ans, on ne peut pas dire, que tous les arrérages qu'il a reçus pendant un aussi long-temps, ne soient que l'équivalent de la chose qu'il a donnée de son côté; puisque la somme qu'il a donnée pour le prix de la constitution, est beaucoup au-dessous de celle à laquelle montent tous ces arrérages qu'il a reçus : mais le montant de tous ces arrérages est un juste prix, & un juste équivalent du risque qu'il a couru, de ne recouvrer presque rien de la somme qu'il a payée pour le prix de la constitution, dans le cas qui pouvoit arriver qu'il mourût peu de temps après.

Les principales especes de contrats *Aléatoires*, sont le contrat de *Constitution de rente viagere*, dont nous avons déja traité par occasion à la fin du contrat de *Constitution de rente perpétuelle*, à cause du rapport que ces contrats ont ensemble; le *Contrat d'Assurance*, qui doit faire la matiere du présent Traité; & celui du *prêt à la grosse aventure*, qui sera celle du Traité suivant, à cause de l'affinité qu'ils ont ensemble. Tous les *jeux de hazard* & les *gageures*, sont aussi des contrats *Aléatoires*.

Nous verrons dans le premier Chapitre, ce que c'est que le *Contrat d'assurance*, & quelles sont les choses qui sont de l'essence de ce contrat. Nous traiterons dans le second Chapitre, des personnes entre lesquelles ce contrat intervient, & de sa forme. Dans le troisieme, des obligations qu'il produit; des actions qui naissent de ces obligations, & des Juges qui en connoissent.

# CHAPITRE PREMIER.

*Ce que c'eſt que le Contrat d'Aſſurance ; & quelles ſont les choſes qui ſont de l'eſſence de ce Contrat.*

## SECTION PREMIERE.

*Ce que c'eſt que le contrat d'Aſſurance.*

2. LE *Contrat d'Aſſurance* eſt un contrat par lequel l'un des contractans ſe charge du riſque des cas fortuits auxquels une choſe eſt expoſée, & s'oblige envers l'autre contractant de l'indemniſer de la perte que lui cauſeroient ces cas fortuits, s'ils arrivoient ; moyennant une ſomme que l'autre contractant lui donne, ou s'oblige de lui donner, pour le prix des riſques dont il le charge.

3. Il peut y avoir une infinité d'eſpeces de contrats d'aſſurances. Tel étoit celui que propoſoit en 1754, une Compagnie établie à Paris, de garantir les propriétaires de maiſons, du danger du feu, moyennant une certaine ſomme que les propriétaires qui voudroient faire aſſurer leurs maiſons, payeroient par chacun an à cette Compagnie.

J'apprends que ce projet a eu ſon exécution, & que de deux Compagnies d'Aſſureurs qu'il y a à Paris, il y en a une, qui ne ſe borne pas aux aſſurances maritimes, & qui aſſure auſſi du danger du feu les propriétaires de maiſons, qui veulent les faire aſſurer, pour une certaine ſomme. L'acte de leur ſociété a été enrégiſtré au Châtelet de Paris.

4. Le *contrat d'aſſurance* qui eſt le plus en uſage, eſt celui *d'aſſurance maritime ;* c'eſt un contrat par lequel l'un des contractans ſe charge des *riſques & fortunes de mer* que doivent courir un vaiſſeau, ou les marchandiſes qui y ſont, ou qui y doivent être chargées ; & promet en indemniſer l'autre contractant, pour une certaine ſomme que celui-ci lui donne, ou s'oblige de lui donner pour le prix du riſque dont il le charge.

Le contractant qui ſe charge des riſques, eſt celui qu'on appelle *aſſureur* ; l'autre envers qui il s'en charge, eſt *l'aſſuré* ; la ſomme que l'aſſuré donne, ou s'oblige de donner à l'aſſureur pour le prix du riſque, s'appelle *prime d'aſſurance.* L'acte qu'on dreſſe par écrit de ce contrat, s'appelle *police d'aſſurance.*

C'eſt une eſpece de contrat de vente : les aſſureurs ſont les vendeurs ; l'aſſuré eſt l'acheteur ; la choſe vendue eſt la décharge des riſques auxquels eſt expoſée la choſe aſſurée ; les aſſureurs vendent en quelque façon à l'aſſuré, & s'obligent de lui *faire avoir*, & de lui procurer la décharge de ces riſques, & en prenant ſur eux ces riſques, en s'obligeant d'en indemniſer l'aſſuré. La *prime* que l'aſſuré paie, ou s'oblige de payer aux aſſureurs, eſt le prix de cette vente.

5. Ce contrat eſt, comme le contrat de vente, de la claſſe des contrats

*consensuels*, car il reçoit sa perfection par le seul consentement des parties; & il produit de part & d'autre les obligations qui en naissent, aussi-tôt que les parties sont convenues de la somme qui doit être payée à l'assureur pour le prix des risques dont il se charge.

Il est vrai que l'obligation que les assureurs contractent de payer la somme assurée, ou l'estimation des avaries & dommages, n'est pas encore ouverte, & qu'elle dépend de cette condition, si par quelqu'accident de force majeure, les choses assurées viennent à périr, ou à être endommagées; mais le contrat ne laisse pas d'être parfait; l'obligation est contractée, quoique conditionnellement, n'étant plus dès-lors au pouvoir des assureurs de s'en désister, & de n'être pas obligés, si l'accident arrive.

6. Le contrat d'assurance, comme les contrats de vente, est synallagmatique : car il produit des obligations réciproques. L'assureur s'oblige envers l'assuré de le garantir, & indemniser des fortunes de mer; & l'assuré s'oblige réciproquement envers l'assureur de lui payer la *prime* convenue.

7. Le contrat d'assurance est de la classe des contrats intéressés de part & d'autre, & non de celle des contrats bienfaisans; car dans ce contrat, chacun des contractans se propose son intérêt propre; l'assureur se propose de profiter de la *prime*, & l'assuré de se décharger des *risques*.

8. Il est évident que ce contrat est de la classe des contrats *aléatoires*, & non de celle des contrats commutatifs; car la *prime* que l'assureur reçoit, n'est pas comme dans les contrats commutatifs, l'équivalent d'une autre chose qu'il donne, ou s'oblige de donner à la place, puisqu'il n'aura rien à donner, si le vaisseau arrive à bon port, & n'essuie aucun accident : & au contraire, si le vaisseau périt, l'indemnité qu'il sera tenu de donner à l'assuré, étant une chose beaucoup plus considérable que la *prime* qu'il a reçue de lui, n'en peut être regardée comme l'équivalent. La *prime* que l'assureur reçoit, n'est donc pas le prix d'une autre chose qu'il donne, mais le prix du risque dont il se charge par le contrat, ce qui est le vrai caractere des contrats aléatoires. *Vice versâ*, l'indemnité que reçoit la partie qui a fait assurer ses effets, lorsqu'ils sont péris, étant beaucoup plus considérable que la *prime* qu'il a donnée, n'en peut être regardée comme l'équivalent; mais elle est l'équivalent & le prix du risque qu'il a couru, de donner en pure perte la *prime* qu'il a donnée, & de ne rien recevoir à la place, dans le cas auquel les effets assurés seroient arrivés à bon port, & n'auroient essuyé aucun accident.

9. Enfin le contrat d'assurance est un contrat du droit des gens, dans son origine. L'Ordonnance de la Marine, en l'autorisant spécialement, *Tit. des assurances*, a développé dans ce titre les regles par lesquelles ce contrat est régi, qui sont tirées du Droit naturel. Il est vrai qu'elle a ajouté quelques dispositions qu'on peut regarder comme arbitraires; au moyen desquelles on peut dire que ce contrat, quoique principalement du droit des gens, tient aussi parmi nous quelque chose du Droit Civil.

10. L'usage de ce contrat est de la plus grande utilité. Le commerce de mer, qui sans ce contrat, ne se feroit que par un petit nombre de personnes qui auroient assez de fortune pour oser courir les risques auxquels il

expoſe, peut, par le ſecours de ce contrat, être fait par toutes ſortes de perſonnes, même par celles qui ont le moins de fortune.

## SECTION II.

### *Quelles ſont les choſes qui ſont de l'eſſence du contrat d'Aſſurance.*

Cinq choſes me paroiſſent être de l'eſſence du contrat d'aſſurance. Il faut 1°. qu'il y ait une ou pluſieurs choſes qui ſoient la matiere du contrat, & que l'une des parties faſſe aſſurer par l'autre. 2°. Il faut qu'il y ait des riſques auxquels cette choſe ſoit, ou doive être expoſée, deſquels l'aſſureur ſe charge par ce contrat. 3°. Il faut qu'il y ait une ſomme ou déterminée ou indéterminée, que l'aſſureur promette de payer à l'aſſuré, pour ſon indemnité, en cas de perte des effets aſſurés, arrivée par quelqu'un des cas fortuits dont l'aſſureur s'eſt chargé. 4°. Il faut une ſomme convenue par ce contrat, que l'aſſuré donne ou s'oblige de donner à l'aſſureur pour le prix de l'aſſurance. 5°. Enfin il faut le conſentement des parties contractantes qui interviennent ſur toutes ces choſes.

### ARTICLE PREMIER.

### *Des choſes qu'on a fait aſſurer.*

#### §. I.

#### *Il faut une choſe qu'on faſſe aſſurer.*

11. Il eſt de l'eſſence du contrat d'aſſurance, qu'il y ait une ou pluſieurs choſes qui en ſoient la matiere, & qu'on faſſe aſſurer par le contrat.

En effet, le contrat d'aſſurance étant un contrat, par lequel l'une des Parties fait aſſurer par l'autre certaines choſes, & le charge, pour une certaine ſomme qu'il lui donne, du riſque des cas fortuits, auxquels elles ſont expoſées, il s'enſuit qu'il ne peut y avoir, & qu'on ne peut concevoir un contrat d'aſſurance, ſans une choſe qu'on faſſe aſſurer par le contrat, & qui en ſoit la matiere.

C'eſt pourquoi, à s'en tenir aux ſeules regles du Droit naturel, lorſque les choſes que quelqu'un a fait aſſurer, n'exiſtoient plus lors du contrat, & étoient déja péries; quoique la partie fût de bonne foi, & qu'elle en ignorât la perte, le contrat devroit être nul, faute d'une choſe qui en ait été la matiere; de même que le contrat de vente eſt nul, lorſque la choſe vendue n'exiſtoit plus au temps du contrat, quoique les parties l'ignoraſſent; L. 15, & L. 57, ff. *De contr. empt.*

12. Mais le Droit Civil a ajouté ſur ce point au droit naturel. Quoique les effets n'exiſtaſſent plus, & fuſſent déja péris lors du contrat par lequel on les a aſſurés, ſi la partie n'en a ſçu, ni pu ſçavoir la perte lors du contrat, ces effets, par une fiction de Droit, en conſidération de la bonne foi de la partie qui a fait aſſurer, ſont ſuppoſés avoir été encore exiſtans au

temps du contrat, & avoir pu lui servir de matiere, & n'être péris que lors de la nouvelle qu'on a eue de leur perte.

C'est ce qui résulte de l'art. 38 du *Tit. des Assurances*, de l'Ordonnance de 1681. Cet article en déclarant nulles les assurances faites après la perte des choses assurées, *si l'assuré en sçavoit, ou pouvoit sçavoir* la perte, laisse à tirer la conséquence, que s'il ne l'a sçu ni pu sçavoir, le contrat d'assurance est valable.

13. Le contrat d'assurance des choses qui n'existoient plus, & étoient déja péries lors du contrat, est donc nul en deux cas seulement. Le premier cas est lorsque la partie qui a fait assurer, avoit déja, lors du contrat, la connoissance de la perte des effets qu'il a fait assurer.

L'assureur qui oppose à la demande contre lui, que l'assuré avoit cette connoissance, est chargé d'en faire preuve, suivant cette maxime de Droit, *Incumbit onus probandi ei qui dicit;* & celle-ci, *Reus excipiendo fit actor.*

Le fait de cette connoissance étant le fait d'un dol, & d'une fraude de l'assuré, dont il n'a pas été au pouvoir de l'assureur de se procurer une preuve par écrit, il peut, suivant le principe que nous avons établi en notre *Traité des Obligations, n.* 809 *& suivans*, être admis à la preuve testimoniale de cette connoissance; & il peut faire entendre en témoignage, même les gens de l'équipage du vaisseau.

Quand même l'assureur auroit déja exécuté le contrat, & payé en tout ou en partie la somme assurée, s'il vient à découvrir que l'assuré avoit lors du contrat la connoissance de la perte des effets assurés, il ne laisse pas d'être reçu à se plaindre du dol de l'assuré, & à faire la preuve de la connoissance qu'a eu l'assuré: l'article 41 de l'Ordonnance le suppose ainsi. La raison en est évidente: l'action qui naît du dol n'est ouverte que du jour que la partie qui a été trompée, l'a découvert, *Currit à die detectæ fraudis.* La partie ne peut pas perdre, par une fin de non-recevoir, son action avant qu'elle ait été ouverte, *Adversus non valentem agere, nulla currit præscriptio*: d'ailleurs l'assuré, en recevant la somme assurée, commet un nouveau dol, qui ne doit pas lui profiter & lui donner une fin de non-recevoir.

14. L'assureur a non-seulement la voie civile, qui est l'action *de dolo*, contre celui qui a fait assurer des effets, de la perte desquels il avoit connoissance. M. Vaslin, Procureur du Roi en l'Amirauté de la Rochelle, Auteur d'un Commentaire sur l'*Ordonnance de la Marine*, observe à l'art. 41, que l'assureur peut aussi à son choix prendre la voie criminelle, cette espece de dol de l'assuré étant *atrocior dolus & crimen stellionatûs.* L'Ordonnance de Rotterdam sur les assurances, *art.* 20, le regarde comme une branche du crime de faux; les fourberies qui se commettent dans les contrats, étant une branche de ce crime; *Arg.* L. 21, ff. *ad L. Corn. de falsi.*

15. La peine que l'Ordonnance prononce contre l'assuré, qui est convaincu d'avoir eu connoissance, lors du contrat, de la perte des effets qu'il a fait assurer, est, qu'outre la restitution qu'il doit faire à l'assureur, de la somme assurée qu'il auroit reçue de lui, il doit lui payer le double de la *prime* portée au contrat, *art.* 41.

Il doit être condamné par corps à cette restitution, & au paiement de la

*prime :* outre la raiſon générale tirée de ce que le contrat d'aſſurance eſt une matiere de commerce, il y en a une particuliere, tirée de ce que la clauſe de cette condamnation eſt un ſtellionnat de la part de l'aſſuré, lequel emporte la contrainte par corps ; Ordonnance de 1667, *tit.* 34, *art.* 8 & 9.

16. Lorſqu'à défaut de preuve, l'aſſureur a déféré à l'aſſuré le ſerment, ſur le fait de la connoiſſance qu'il prétend qu'avoit l'aſſuré, lors du contrat, de la perte des effets qu'il a fait aſſurer, & que celui-ci a refuſé de le rendre, il n'eſt pas douteux que ſon refus rend avéré le fait de cette connoiſſance qu'il a eue ; *Manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt nolle jurare ;* L. 38, ff. *de jurejur.* & qu'en conſéquence le contrat doit être déclaré nul, & l'aſſuré condamné à la reſtitution de ce qu'il a reçu de l'aſſureur. Mais doit-il être, en ce cas, condamné au paiement de la peine de la *double prime ?* La raiſon de douter eſt, que l'Ordonnance prononce cette peine *en cas de preuve contre l'aſſuré :* dans cette eſpece l'aſſureur n'avoit pas de preuves. Les raiſons de décider, que l'aſſuré doit être en ce cas condamné au paiement de la peine, ſont qu'il eſt vrai que l'aſſureur, lorſqu'il a déféré le ſerment, n'avoit pas encore de preuve ; mais il acquiert une preuve complette, par le refus que fait l'aſſuré de rendre le ſerment qu'il lui a déféré ; car le refus de ce ſerment tient lieu d'un aveu du dol qu'il a commis en contractant, & il n'y a pas de preuve plus parfaite d'un dol, que l'aveu de celui qui l'a commis. L'aſſureur ſe trouve donc en ce cas dans l'eſpece de l'*art.* 41, qui dit, *en cas de preuve contre l'aſſuré.* D'ailleurs la Loi 3, §. 1, ff. *de jurej.* décide qu'on peut déférer le ſerment ſur toutes ſortes d'actions, ſur les pénales *quibus pœnam perſequimur*, auſſi-bien que ſur celles qui ſont *rei perſecutoriæ.*

17. Quand l'aſſuré, qui ſçavoit lors du contrat la perte des effets aſſurés, n'a pas été pourſuivi par l'aſſureur, le contrat auquel ſon dol a donné lieu, eſt bien nul dans le for de la conſcience, & il ne peut pas en profiter ; mais il ne doit pas, dans le for de la conſcience, la peine de la *double prime :* il ne la doit, ni par le droit naturel, qui ne l'oblige à autre choſe qu'à la réparation du tort qu'il a cauſé à l'aſſureur en contractant avec lui, ni par le droit civil, qui n'inflige cette peine *qu'en cas de peine contre l'aſſuré.* On peut même dire en général à l'égard des peines que la Loi civile prononce au-delà de la réparation du tort qu'a cauſé celui qui a commis le délit, qu'elle ne rend celui qui a commis le délit, débiteur, que par la ſentence du Juge qui l'y condamne.

18. Lorſqu'un tuteur de mineurs a fait, en ſa qualité de tuteur, aſſurer des effets de ſes mineurs, qu'il ſçavoit, lors du contrat, être péris, quoique le tuteur n'ait contracté qu'en nom qualifié de tuteur, & que le mineur pour qui il contractoit, n'ait pas eu cette connoiſſance, ce dol du tuteur étant juſtifié, doit faire déclarer nul le contrat d'aſſurance, & faire en conſéquence condamner le mineur à la reſtitution de la ſomme aſſurée, que ſon tuteur a reçue pour lui.

Cela eſt conforme au principe de Droit, qui décide qu'on peut oppoſer au mineur le dol qu'a commis ſon tuteur, en contractant pour lui ; *Dicendum ſive quis emerit à tutore rem pupilli, ſive contractum ſit cum eo in rem pupilli, ſive dolo quid tutor fecerit, & ex eo pupillus locupletior factus eſt, pupillo nocere debe-*

*re ;* L. 14, §. 23, ff. ; *de doli & met. except. & de dolo tutoris exceptionem pupillo objiciendam ; d.* L. §. 24.

Le mineur doit être, en ce cas, condamné à la restitution de la somme assurée, quand même il ne pourroit la recouvrer par l'insolvabilité de son tuteur qui l'a reçue pour lui. C'est ce qui résulte de la Loi ci-dessus citée ; car après avoir dit que le dol du tuteur nuit, & peut-être opposé au mineur, elle ajoute : *Nec illud distinguendum, cautum sit ei ( pupillo ) an non ; solvendo sit ( tutor ) an non ..... undè enim divinat is qui cum tutore contrahit ?* d. §. 23.

A l'égard de la peine de la *double prime*, l'assureur ne peut se pourvoir que contre le tuteur qui doit y être condamné, sans pouvoir la répéter contre le mineur ; car la peine du dol ne doit être supportée que par celui qui a commis le dol ; on ne peut donc pas la prétendre contre le mineur qui ne l'a pas commis.

19. De même qu'un mineur ne peut pas profiter du dol de son tuteur, & que le dol de son tuteur lui peut être opposé ; pareillement nous ne pouvons pas profiter du dol de ceux que nous avons chargés de notre procuration, soit générale, soit spéciale, & leur dol nous peut être opposé ; *Si is procurator sit cui omnium bonorum administratio concessa, de omni dolo ejus excipi posse ; d.* L. 4, §. 18. C'est pourquoi lorsqu'un commissionnaire a fait assurer les effets de son commettant, soit en vertu d'un ordre spécial, soit en vertu du pouvoir général qu'il avoit de gérer ses affaires, il n'est pas douteux que si, lors du contrat, le commissionnaire avoit la connoissance de la perte des effets, le contrat est nul, & le commettant, quoiqu'il n'eût pas cette connoissance, non-seulement ne peut demander la somme assurée, mais doit la rendre, s'il l'a reçue. A l'égard de la peine de la *double prime*, l'assureur doit se pourvoir contre le commissionnaire qui a commis le dol, & ne peut la demander au commettant.

20. *Vice versâ*, lorsque le commissionnaire qui a fait assurer les effets de son commettant, étoit de bonne foi, & en ignoroit la perte, on a, par Arrêt du Parlement d'Aix, du mois de Mai 1744, ( cité par Vasin ) jugé le contrat valable, quoique le commettant eût dès le temps du contrat, connoissance de la perte des effets assurés.

La décision de cet Arrêt doit être restreinte au cas auquel le commissionnaire auroit fait assurer les effets de son commettant, sans aucun ordre spécial à son insçu, & en vertu du pouvoir général qu'il avoit de gérer ses affaires ; car en ce cas il n'y a aucun dol, ni de la part du commissionnaire, ni de la part du commettant, qui puisse donner atteinte au contrat.

Mais si le propriétaire des effets assurés avoit donné ordre de les faire assurer, ayant connoissance de leur perte, le contrat sera nul, quoique son commissionnaire, qui les a fait assurer pour lui, en eût ignoré la perte ; car le dol de ce propriétaire, qui est censé avoir contracté lui-même par le ministere de son commissionnaire, rend le contrat nul, & le rend sujet à la peine de l'article 41, tout ainsi que s'il eût contracté par lui-même ; *Nam is qui mandat, ipse facere videtur.*

21. Le second cas auquel l'Ordonnance déclare nul le contrat d'assurance, fait après la perte des effets assurés, est celui auquel celui qui les a fait assurer,

ter, pouvoit, au temps du contrat, en ſçavoir la perte, quoiqu'il n'y ait pas de preuve poſitive qu'il l'ait ſçu. C'eſt ce qui réſulte de ces termes de l'art. 38: *Déclarons nulles les aſſurances faites après la perte des choſes aſſurées, ſi l'aſſuré en ſçavoit ou POUVOIT ſçavoir la perte.*

La raiſon eſt, que la preuve de la connoiſſance poſitive que l'aſſuré avoit de la perte des effets qu'il a fait aſſurer, n'étant pas ſouvent au pouvoir de l'aſſureur, & la bonne foi étant rare aujourd'hui parmi les hommes, il arriveroit très-ſouvent que des Négocians, dans la confiance qu'ils auroient, que l'aſſureur ne pourroit avoir la preuve de la connoiſſance qu'ils ont eue de la perte de leurs effets, les feroient aſſurer après avoir eu la nouvelle de leur perte, ce qui ruineroit les aſſureurs.

L'aſſuré eſt cenſé avoir pu ſçavoir, dès le temps du contrat, la perte des effets aſſurés, lorſque depuis leur perte juſqu'au temps du contrat, il s'eſt paſſé un temps ſuffiſant pour que la nouvelle ait pu lui parvenir.

22. L'Ordonnance, *art.* 39, regle ce temps, en comptant une lieue & demie pour heure, de l'endroit où le vaiſſeau a péri, juſqu'au lieu où le contrat d'aſſurance a été paſſé. Par exemple, ſi le contrat d'aſſurance a été paſſé & ſigné à Marſeille, & que le lieu où le vaiſſeau eſt peri, ne fût éloigné que de 36 lieues de Marſeille; en comptant une lieue & demie pour heure, l'aſſuré eſt cenſé en avoir pu avoir la nouvelle au bout de vingt-quatre heures, qui ſont un jour. Mais ſi ce lieu où le vaiſſeau eſt péri, étoit éloigné de dix fois trente-ſix lieues, c'eſt-à-dire, de 360 lieues, il ne ſera cenſé avoir eu la nouvelle qu'au bout de dix jours.

Ce temps ſe compte *de momento ad momentum.* C'eſt pourquoi lors qu'on ſçait non-ſeulement le jour, mais l'heure à laquelle eſt arrivée la perte du vaiſſeau, on doit compter depuis cette heure.

*Quid*, lorſqu'on ne ſçait que le jour, & non l'heure? L'Auteur *du Guidon de la mer*, dit qu'on doit commencer à compter depuis l'heure du midi de ce jour; ce qui n'eſt fondé ſur rien. Il eſt plus raiſonnable de dire, qu'on ne doit en ce cas commencer à compter que du lendemain, la perte du vaiſſeau ayant pu arriver à la derniere heure du jour.

Par la même raiſon, lorſque l'heure du jour que s'eſt paſſé le contrat, n'eſt pas exprimée par l'acte, on ne doit compter les heures de ce jour, que juſqu'à celle à laquelle les aſſureurs ont coutume d'ouvrir leur Bureau, le contrat ayant pu être paſſé auſſi-tôt l'ouverture du Bureau.

23. L'aſſureur pourroit-il, pour pouvoir compter les heures du jour auquel l'acte a été paſſé, être reçu à prouver par témoins, qu'il n'a été paſſé que le ſoir? Pour la négative on dira, que l'Ordonnance de 1667 a défendu la preuve teſtimoniale, outre le contenu des actes, & que l'aſſureur doit s'imputer de n'avoir pas exprimé l'heure par l'acte. D'un autre côté on peut dire, que l'Ordonnance, en défendant la preuve teſtimoniale, outre le contenu des actes, n'a entendu défendre la preuve que des choſes qu'on prétendroit faire partie de la convention, & n'avoir pas été exprimées par l'acte; & que la preuve du temps auquel l'acte a été paſſé, n'eſt pas une preuve, outre le contenu de l'acte, ce temps ne faiſant pas partie de la convention contenue dans

l'acte, & étant quelque chose d'extérieur à l'acte ; Voyez notre *Traité des Obligations*, *n.* 795.

Ajoutez que les contrats d'assurance sont une matiere de commerce, & que dans les matieres de commerce, l'Ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 2, *in fine*, laisse à la prudence des Juges, de suivre ou de ne pas suivre ses dispositions sur la preuve testimoniale.

24. Lorsque l'assuré, lors du contrat, avoit pu sçavoir la perte des effets assurés, s'étant écoulé un temps suffisant pour cela, sans néanmoins qu'il y ait de preuve qu'il en ait eu effectivement connoissance, est-il sujet à la peine de la *double prime*? Vasslin, sur l'*art.* 38, suppose qu'il y est sujet : je croirois le contraire. L'Ordonnance, dans l'article 38, propose deux cas, dans lesquels elle prononce contre l'assuré *la nullité* du contrat d'assurance. 1°. Lorsqu'il sçavoit ; 2°. lorsque probablement il pouvoit sçavoir la perte des effets assurés ; mais elle ne prononce par l'*art.* 41, *la peine* du paiement de la *double prime*, que dans le seul cas auquel l'assuré a sçu la perte, & non dans celui auquel il a seulement pu la sçavoir ; car elle dit, *en cas de preuve contre l'assuré*. Or, de ce que l'assuré pouvoit sçavoir la perte de ses effets, s'étant écoulé assez de temps pour cela, on n'en peut pas tirer la conséquence qu'il la sçavoit effectivement *à posse ad actum non valet consequentia*. On opposera que l'Ordonnance, *art.* 39, dit, qu'en ce cas, *l'assuré sera presumé avoir sçu la perte* ; mais cela doit s'entendre en ce sens, que le contrat doit être en ce cas déclaré *nul*, de même que s'il y avoit des preuves positives qu'il le sçavoit. Ce n'est que par rapport à la nullité du contrat, que cette proposition doit avoir lieu, & non pour infliger à l'assuré la peine d'un dol, qui doit être prouvé par des preuves indubitables ; *Dolus nonnisi ex perspicuis indiciis probari debet.*

Observez néanmoins que s'il s'étoit écoulé, depuis la perte du vaisseau, un temps si considérable, qu'il fût contre toute vraisemblance que l'assuré l'ignorât lors du contrat, il ne seroit pas écouté à dire qu'il l'ignoroit, pour se soustraire à la peine de la *double prime*.

Observez aussi que les parties peuvent, par une clause particuliere de la police d'assurance, déroger à la disposition de l'article 39 de l'Ordonnance, qui établit une présomption, que l'assuré a eu, lors du contrat, connoissance de la perte du navire, résultante du laps de temps, qui s'est écoulé depuis la perte du vaisseau jusqu'au contrat, en comptant une lieue & demie pour heure.

Cette clause, est celle par laquelle les parties déclarent que le contrat est fait *sur bonnes ou mauvaises nouvelles*. On y ajoute souvent, pour plus grande explication, ces termes, *Renoncent à la lieue & demie pour heure*.

Ces clauses sont très-fréquentes dans les polices d'assurance : l'Ordonnance en fait mention dans l'article 40, où il est dit : « Si toutefois l'assurance est » faite *sur bonnes ou mauvaises nouvelles*, elle subsistera, s'il n'est vérifié par » autres preuves que celle de la lieue & demie pour heure, que l'assuré sçavoit la perte, ou l'assureur l'arrivée du vaisseau avant la signature de la police. «

Il résulte de cet article, que tout l'effet de cette clause est, que dans le cas de cette clause, le laps de temps, à raison d'une lieue & demie pour heure,

qui s'eſt écoulé depuis le temps de la perte du vaiſſeau juſqu'au contrat, n'eſt pas ſeul ſuffiſant pour faire préſumer que l'aſſuré avoit, lors du contrat, connoiſſance de la perte du vaiſſeau, ni pour faire en conſéquence déclarer nul le contrat. Mais lorſqu'il eſt juſtifié d'ailleurs, que l'aſſuré, lors du contrat, avoit cette connoiſſance, cette clauſe, ni aucune autre ne peut empêcher que le contrat ne ſoit déclaré nul; car l'aſſuré, en diſſimulant, lors du contrat, cette connoiſſance, a commis un dol envers les aſſureurs. Or, on ne peut pas valablement convenir *ne dolus præſtetur*; L. 27, §. 3, ff. *de pact.*

On a demandé dans l'eſpece ſuivante, ſi la connoiſſance qu'avoit l'aſſuré, lors du contrat, de la perte du vaiſſeau, étoit ſuffiſamment juſtifiée. Un nommé Woulf avoit le 21 Novembre 1752, fait aſſurer à la premiere Chambre des Aſſurances de Paris, pour le compte de deux Négocians de Gand, une ſomme de 19000 livres, & une autre de 28000 livres, pour chargement de marchandiſes ſur le vaiſſeau le *Prince Charles*, chargé à Gottenbourg pour Oſtende.

Les polices d'aſſurance contenoient la clauſe *ſur bonnes ou mauvaiſes nouvelles.*

Le vaiſſeau étoit péri avec ſa cargaiſon dès le 4 du mois.

Les aſſureurs ayant été aſſignés à l'Amirauté du Palais, en paiement de ces aſſurances; pour s'en défendre, ſoutinrent que les Négocians de Gand avoient connoiſſance de la perte du vaiſſeau, lorſqu'ils avoient donné l'ordre à Woulf de faire aſſurer; & pour le juſtifier ils mirent en fait, que le 22, qui étoit le jour auquel ils avoient écrit à Woulf, pour lui donner l'ordre, la gazette d'Amſterdam, qui annonçoit la perte du vaiſſeau, avoit été publique à Gand dès le matin. La preuve de ce fait ayant été permiſe, & ayant été faite, par Sentence de l'Amirauté, du 20 Septembre 1758, les polices d'aſſurance furent déclarées nulles, & les aſſurés condamnés au paiement de la *double prime*; & cette Sentence fut confirmée par Arrêt du 29 Août 1759, en la premiere Chambre des Enquêtes. C'eſt un des principaux Juges de l'Amirauté, qui m'a fait part de cette déciſion. La mauvaiſe foi des deux Négocians parut manifeſte: il étoit viſible qu'ils avoient écrit pour donner l'ordre d'aſſurer, en ſortant de lire la gazette, qui leur avoit appris la perte du vaiſſeau.

Sur les formes qui doivent être obſervées dans les polices d'aſſurance, pour que les clauſes *ſur bonnes & mauvaiſes nouvelles*, & autres ſemblables ſoient valables; Voyez *infrà.*

## §. II.

### *Quelles ſont les choſes qu'on peut aſſurer.*

26. Toutes ſortes de choſes qui ſont ſujettes à des riſques, ſont ſuſceptibles du contrat d'aſſurance. On peut aſſurer des maiſons contre le danger du feu, des fruits pendans, contre le danger de la grêle, *&c.*

Dans le contrat d'aſſurance maritime, on peut aſſurer le vaiſſeau, auſſi bien que les marchandiſes qui y ſont chargées.

27. L'Ordonnance de la Marine, *Titre des Aſſurances*, *art.* 10, défend de faire aucune aſſurance ſur la vie des perſonnes.

Par exemple, ſi des aſſureurs, pour une certaine ſomme que je leur donne-

rois, convenoient avec moi, que si mon fils que j'envoie à la Martinique, périssoit dans le voyage par quelque fortune de mer, comme dans un combat, ou par un naufrage, ils me payeroient une somme de cent pistoles, pour me dédommager de la perte que j'aurois faite de mon fils, un tel contrat est nul. Suivant cette disposition de l'Ordonnance, les assureurs ne peuvent exiger de moi la *prime* convenue entre nous, & ils doivent me la rendre *condictione sine causâ*, s'ils l'ont reçue ; &, de mon côté, je ne puis exiger d'eux la somme stipulée, dans le cas de la perte de mon fils.

La raison est, qu'il est contre la bienséance & l'honnêteté publique de mettre à prix la vie des hommes. D'ailleurs, la nature du contrat d'assurance, étant que l'assureur se charge de payer l'estimation de la chose assurée ; la vie d'un homme libre, n'étant susceptible d'aucune estimation, *Liberum corpus æstimationem non recepit ;* L. 3, ff. *Si quadr. ;* elle ne peut par conséquent être susceptible du contrat d'assurance.

28. Ces raisons n'ont point d'application aux esclaves. Les Negres étant des choses qui sont dans le commerce, & qui sont susceptibles d'estimation : je ne vois pas pourquoi la vie des Négres ne seroit pas susceptible du contrat d'assurance ; néanmoins M*** ne pense pas qu'elle le soit, & dit n'en avoir pas vu d'exemple.

26. L'Ordonnance, article 11, permet aussi à ceux qui ont racheté des captifs, de faire assurer le prix qu'ils ont payé pour leur rachat, que les assureurs pour une certaine *prime* qu'ils reçoivent, s'obligent de rendre à ceux qui ont racheté les captifs, dans le cas où ces captifs dans le voyage de leur retour, seroient repris, ou périroient par quelque fortune de mer, & autrement que par la mort naturelle. La raison de cette disposition est, que c'est plutôt le prix du rachat qui est assuré en ce cas, que la personne.

30. L'Ordonnance, article 9, permet aussi à ceux qui s'embarquent, de faire assurer la liberté de leurs personnes ; par ce contrat l'assureur, moyennant la *prime* convenue, s'oblige envers vous dans le cas, ou pendant le voyage vous seriez pris par des Corsaires, ou par des ennemis, de payer la somme convenue avec vous, pour servir à votre rançon, & aux frais de votre retour.

31. Il y a un principe à l'égard de ce qu'on peut faire assurer ou non, par le contrat d'assurance maritime, qui est, qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre, & rien de plus.

Ce principe fait une des raisons pour lesquelles l'Ordonnance *Titre des Assurances, art.* 16, défend à ceux qui prendront des deniers *à la grosse aventure*, de les faire assurer ; à peine de nullité de l'assurance.

Par exemple, si un armateur a fait un emprunt d'une somme de cent mille livres pour l'employer à l'armement de son vaisseau, & qu'il ait fait cet emprunt à la grosse aventure, c'est-à-dire, à condition que si le vaisseau périssoit dans le voyage, la perte tomberoit sur le prêteur, & qu'il seroit quitte envers lui de l'emprunt ; & que si, au contraire, le vaisseau arrivoit à bon port, il rendroit au prêteur la somme, avec un gros profit maritime, convenu entre eux ; l'armateur en ce cas ne courant pas le risque de la perte de son vaisseau, jusqu'à concurrence de la somme de cent mille livres, qui doit tomber sur le prêteur, il ne peut faire assurer son vaisseau jusqu'à la concurrence de cette

ſomme ; par le principe, qu'on ne peut faire aſſurer que ce qu'on court riſque de perdre.

Mais ſi cet armateur avoit employé à l'armement de ſon vaiſſeau, outre la ſomme de cent mille livres qu'il a empruntée à la groſſe aventure, une autre ſomme de cinquante mille livres de ſes propres deniers ; il pourroit le faire aſſurer juſqu'à la concurrence de cette ſomme de cinquante mille livres qu'il court riſque de perdre.

Il y a une autre raiſon, pour laquelle l'Ordonnance défend à celui qui a emprunté une ſomme à la groſſe aventure, de la faire aſſurer ; c'eſt qu'en la faiſant aſſurer, il ſeroit de ſon intérêt que le vaiſſeau périt ou fût pris ; ce qui pourroit donner lieu de ſa part à des fraudes, & à des manœuvres pour le faire prendre. Par exemple, ſi un armateur, qui n'a employé à l'armement de ſon vaiſſeau qu'une ſomme de cent mille livres qu'il a empruntée à la groſſe aventure, ſans y rien mettre du ſien, pouvoit le faire aſſurer ; la perte du vaiſſeau lui procureroit un profit de la ſomme de cent mille livres qu'il recevroit de l'aſſureur, ſous la déduction ſeulement de la *prime*, lequel profit il auroit en pur gain, ne lui en ayant rien coûté pour l'armement de ſon vaiſſeau, puiſque par la perte du vaiſſeau il eſt quitte envers le prêteur de la ſomme qu'il y a employée. Ce profit que lui cauſeroit la perte du vaiſſeau, étant beaucoup plus conſidérable que celui qu'il auroit à eſpérer de l'arrivée à bon port, il eſt évident qu'il auroit un grand intérêt à la perte du vaiſſeau ; & que s'il étoit malhonnête homme, il pourroit pratiquer des fraudes & des manœuvres, telles que des intelligences avec des Corſaires pour le faire prendre ; c'eſt ce qui a porté l'Ordonnance à défendre avec ſévérité, & à peine de punition corporelle cette eſpece d'aſſurance.

32. A l'égard de celui qui a prêté une ſomme à la groſſe aventure, il peut bien faire aſſurer ſon capital, c'eſt-à-dire, la ſomme qu'il a prêtée, parce que c'eſt lui qui court le riſque de cette ſomme au cas de perte du vaiſſeau, ou du chargement ſur lequel il a prêté cette ſomme ; mais l'Ordonnance, art. 17, lui défend de faire aſſurer le profit des ſommes qu'il a données à la groſſe aventure, c'eſt-à-dire, le profit qu'il a ſtipulé en cas d'heureuſe arrivée du vaiſſeau. La raiſon de cette défenſe eſt tirée du principe que nous venons de rapporter, que l'Ordonnance ne permet d'aſſurer que ce qu'on court riſque de perdre. Or, ce profit maritime que le prêteur a ſtipulé par le contrat de prêt à la groſſe aventure, eſt un gain qu'il manquera de faire, ſi le vaiſſeau périt ; & non une perte qu'il court riſque de faire.

33. De ce principe qu'on ne peut faire aſſurer, que ce qu'on court riſque de perdre, il ſuit que je ne puis plus faire aſſurer par un ſecond aſſureur, ce que j'ai déja fait aſſurer par un premier, puiſque cela n'eſt plus à mes riſques. L'Ordonnance, art. 20, me permet ſeulement, en ce cas, de faire aſſurer la ſolvabilité du premier aſſureur ; car c'eſt de cette ſolvabiité dont je cours le riſque, & non de mes effets, qui ſont aſſurés, s'il eſt ſolvable.

En faiſant aſſurer par un ſecond aſſureur la ſolvabilité du premier, je ne déſoblige pas le premier ; mais le ſecond accede à l'obligation du premier aſſureur, & ſe rend ſa caution ; c'eſt pourquoi il doit, de même qu'une caution, avoir l'exception de *diſcuſſion*, à moins qu'il n'y ait renoncé.

34. L'Ordonnance, art. 20, me permet aussi de faire assurer, par un second assureur, *le coût de l'assurance*, c'est-à-dire, la *prime* que je me suis obligé de donner au premier assureur. Par exemple, si je me suis fait assurer cinquante mille livres valeur d'un chargement que j'avois sur un tel vaisseau, pour une *prime* de cinq mille livres, que je me suis obligé de donner à l'assureur, à tout événement, soit en cas de perte, soit en cas d'heureuse arrivée du vaisseau, je ne puis pas faire assurer par un second assureur, les cinquante mille livres, puisqu'elles son déja assurées, & que je ne cours pas le risque de les perdre; mais en cas de perte du vaisseau, l'assureur me retiendra sur les cinquante mille livres qu'il m'a assurées, la *prime* de cinq mille livres, je cours donc risque de perdre ces cinq mille livres. C'est pourquoi je puis faire assurer cette somme de cinq mille livres par un second assureur, qui s'obligera de me payer cette somme de cinq mille livres, en cas de perte du vaisseau.

On opposera peut-être que je ne cours pas un vrai risque, par rapport à cette somme de cinq mille livres, puisqu'à tout événement, soit en cas de perte du vaisseau, soit en cas d'heureuse arrivée, je dois la payer à l'assureur. La réponse est, qu'en cas d heureuse arrivée du vaisseau, je ne perdrai pas cette *prime*, puisque j'en serai dédommagé par le profit que je ferai de mes marchandises; mais en cas de perte du vaisseau, elle tombe en pure perte pour moi. C'est pourquoi il est vrai que je cours le risque de cette *prime* de cinq mille livres en cas de perte du vaisseau; & par conséquent je puis la faire assurer par un second assureur.

Le prix dont je conviens avec le second assureur, par le second contrat d'assurance, pour qu'il m'assure la *prime* du premier contrat, s'appelle *prime de prime*.

De même que je puis faire assurer la *prime* du premier contrat par un second assureur; de même je puis faire assurer par un troisieme la *prime de prime* du second contrat: *Et sic deinceps.*

35. C'est par le même principe qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on risque de perdre, qu'un assureur peut bien faire réassurer les effets qu'il a assurés (comme nous le verrons *infrà*, n. 178) parce que la perte qui en peut arriver, est pour lui une perte qu'il court risque de faire. Mais il ne peut pas faire assurer pareillement la *prime* qui lui a été promise dans le cas seulement de l'heureuse arrivée; car cette *prime* n'est pas pour lui une perte qu'il court risque de faire en cas de perte du vaisseau; mais c'est un gain qu'il manque de faire.

36. C'est par le même principe que l'Ordonnance, art. 15, défend aux propriétaires & maîtres de navires, de faire assurer *le frêt* à faire de leurs bâtimens; aux Marchands, *le profit* espéré de leurs marchandises; aux gens de mer, *les loyers* qui ne leur seront dûs qu'à l'arrivée du vaisseau: parce que ce *frêt* à faire, ce *profit* à espérer des marchandises, ces *loyers*, sont des gains qu'ils manquent de faire, si le vaisseau, ou les marchandises périssent, plutôt qu'une perte qu'ils courent risque de faire.

L'Ordonnance n'a parlé que du *fret à faire*, c'est-à-dire, de celui qui n'est pas encore dû au propriétaire du navire, & qui ne lui sera dû qu'à l'arrivée du vaisseau. A l'égard du *fret acquis*, c'est-à-dire, de celui, qui aux termes de la convention entre le propriétaire du navire & le Marchand, doit

lui être payé à tout événement, dans le cas de la perte du vaiſſeau & des marchandiſes, comme dans celui de l'heureuſe arrivée; il eſt évident qu'il ne peut pas être matiere d'aſſurance de la part du propriétaire du navire, puiſqu'il ne court aucun riſque par rapport à ce fret; mais il peut être une matiere d'aſſurance de la part du marchand qui fait aſſurer ſon chargement: ce *fret* faiſant partie des dépenſes que ce marchand court riſque de perdre, en cas de perte du chargement.

L'Ordonnance défend bien de faire aſſurer *le profit eſpéré* des marchandiſes, tant qu'il n'eſt qu'eſpéré. Mais lorſque le profit eſt fait & acquis, le marchand peut le faire aſſurer contre le riſque qu'il court de ne le pas conſerver. Par exemple, ſi un marchand qui a fait aſſurer pour le voyage & pour le retour, une cargaiſon de valeur de cinquante mille livres qu'il avoit ſur un navire, deſtiné pour le Cap Saint-Domingue, a eu avis que ſes marchandiſes arrivées au Cap, ont été vendues avec un bénéfice très-conſidérable, & que ce qui en eſt provenu, chargé en retour, eſt de valeur de cent mille livres, il peut faire aſſurer les cinquante mille livres qu'il a d'augmentation; car c'eſt un profit fait & acquis.

Une priſe que fait en temps de guerre un vaiſſeau Corſaire, autoriſé pour aller en courſe, eſt un profit acquis auſſi-tôt qu'elle eſt faite; c'eſt pourquoi le propriétaire du vaiſſeau Corſaire peut la faire aſſurer contre les dangers qu'elle court, juſqu'à ce quelle ſoit amenée dans un Port de France.

A l'égard des *loyers de gens de mer*, qu'ils ne doivent exiger qu'en cas d'heureuſe arrivée, outre la raiſon tirée du principe ci-deſſus rapporté, il y en a une autre, pour laquelle l'Ordonnance leur défend de faire aſſurer leurs loyers. C'eſt de peur qu'en étant aſſurés, ils euſſent moins de ſoin pour la conſervation du vaiſſeau, à laquelle ils n'auroient plus d'intérêt.

4o. C'eſt par une raiſon ſemblable que l'Ordonnance, *art.* 19, ne permet aux gens qui ſont dans le vaiſſeau, d'aſſurer les effets qu'ils y ont, que ſous la déduction d'un dixieme, qui doit demeurer à leurs riſques, afin que cet intérêt qu'ils conſervent pour un dixieme, les porte à prendre pour la conſervation du vaiſſeau un ſoin qu'ils pourroient ne pas prendre, s'ils n'étoient ſujets à aucun riſque; tout ce qu'ils y ont, étant aſſuré.

L'Ordonnance *art.* 19, ordonne la même choſe à l'égard du propriétaire du vaiſſeau, ſans diſtinguer comme à l'égard des autres aſſurés, s'il eſt dans le vaiſſeau ou non: *Si les aſſurés ſont dans le vaiſſeau, ou qu'ils en ſoient les propriétaires.* La raiſon eſt, que quoique le propriétaire du vaiſſeau ne ſoit pas lui-même dans le vaiſſeau, il y a lieu de craindre que le maître qu'il y a prépoſé, & qui eſt ſon homme, n'ait pas le même ſoin pour la conſervation du vaiſſeau, à laquelle il ſçauroit que ſon commettant n'a plus d'intérêt. Tout ceci eſt tiré des *art.* 18 & 19 du *Tit.* des aſſurances, où il eſt dit: « Les aſſurés courent toujours riſque du dixieme des effets qu'ils « auront chargés, s'il n'y a déclaration expreſſe dans la police, qu'ils en« tendent faire aſſurer le total; *art.* 18.

« Et ſi les aſſurés ſont dans le vaiſſeau, ou qu'ils en ſoient les propriétai« res, ils ne laiſſeront pas de courir le riſque du dixieme, encore qu'ils aient « déclarés faire aſſurer le total«; *art.* 19.

M. Vaſlin obſerve, que dans l'uſage on contrevient ſouvent à ce qui eſt porté par la fin de cet article *encore qu'ils aient ;* mais je ne crois pas que les Tribunaux, ſi l'affaire y étoit portée, autoriſaſſent des déclarations faites contre la diſpoſition de cet article : un uſage auſſi contraire à la Loi, eſt un abus.

41. A l'égard des autres perſonnes qui ne ſont pas ſur le vaiſſeau, & qui n'en ſont propriétaires pour aucune partie, ils peuvent faire aſſurer pour le total les effets qu'ils y ont, ſans aucune déduction du dixieme. Mais il faut pour cela qu'il y en ait une déclaration expreſſe par l'acte ou *police* d'aſſurance, ſans quoi les aſſurés doivent courir le riſque du dixieme deſdits effets.

42. Lorſque le propriétaire d'un vaiſſeau a fait aſſurer pour une ſomme de ſoixante mille livres, ſon vaiſſeau qui en vaut cent, & ſa cargaiſon qui eſt de valeur de cent mille livres, pour une ſomme de cent mille livres, l'aſſureur peut-il, en cas de perte du vaiſſeau & de la cargaiſon, lui retenir le dixieme des cent mille livres, prix de la cargaiſon comme devant être à ſes riſques ? Vaſlin, qui ſe propoſe cette queſtion ſur *l'art.* 18 de l'Ordonnance, fait cette diſtinction : ſi ces aſſurances ont été faites par un même contrat, l'aſſureur n'eſt pas fondé à retenir le dixieme de la ſomme de cent mille livres aſſurée pour le prix de la cargaiſon, parce que cet armateur n'ayant fait aſſurer que pour une ſomme de ſoixante mille livres, ſon vaiſſeau qui en valoit cent mille, il ſe trouve avoir couru le riſque d'une ſomme de quarante mille livres pour l'excédent de la valeur du vaiſſeau, laquelle ſomme de quarante mille livres eſt plus que le dixieme de celle de deux cent mille livres, à laquelle montoient tous ſes effets qu'il a fait aſſurer. Mais ſi c'eſt par ces deux contrats différens qu'il a fait aſſurer ſon vaiſſeau & la cargaiſon, il décide que l'aſſureur eſt en ce cas fondé à retenir le dixieme de la ſomme, pour laquelle la cargaiſon a été aſſurée ; l'aſſuré ayant dû porter le riſque du dixieme de cette cargaiſon, ſans qu'il puiſſe imputer ſur le dixieme, dont il doit courir le riſque, la partie pour laquelle il court le riſque de la valeur du vaiſſeau ; le vaiſſeau étant quelque choſe dont il n'a pas été queſtion dans la police d'aſſurance de la cargaiſon : il dit que cela a été ainſi jugé par une Sentence arbitrale, rendue à Marſeille le onze Septembre 1749. Cette déciſion ne me paroît pas juſte. Le dixieme dont l'Ordonnance veut que les aſſurés courent le riſque, eſt le dixieme, non des effets qu'ils ont fait aſſurer, & qui ſont compris dans la police ; mais le dixieme de ceux qu'ils ont ſur le vaiſſeau ; l'Ordonnance dit : *les aſſurés courent le riſque du dixieme des effets* QU'ILS AURONT CHARGÉS.

34. Pour régler à combien monte le dixieme, dont l'aſſuré doit courir le riſque, l'aſſuré peut joindre au prix de l'achat de ſes marchandiſes, & aux frais de leur chargement le coût de la *prime* qu'il paie pour les faire aſſurer, & de ce total on diſtrait le dixieme. Par exemple, ſi le prix de l'achat des marchandiſes eſt de mille livres, les frais de leur chargement de deux cent livres, & que j'aie fait aſſurer une ſomme d'onze cent cinquante livres ſur ces marchandiſes, pour une *prime* de 92 livres, à raiſon de huit pour cent, la police d'aſſurance ne devra pas ſouffrir de réduction ; car ces marchandiſes, y compris la prime de 92 livres que j'ai donnée pour les faire aſſurer,

aſſurer, me reviennent à 1292 livres; le dixieme par conſéquent, dont je dois courir le riſque, monte à 129 livres. Mais ne devant recevoir de l'aſſureur que la ſomme de 1150 livres, en cas de perte du vaiſſeau, il reſte encore (pour aller juſqu'à 1292 livres) 142 livres que je cours riſque de perdre, y compris la prime que j'ai donnée; & par conſéquent je cours riſque de plus du dixieme de la ſomme à laquelle me reviennent mes effets. Voyez le *Guidon de la mer*, *art.* 9, *ch.* 2, *art.* 3, & 15, *ch.* 15.

44. Lorſque, contre la diſpoſition de l'Ordonnance, j'ai fait aſſurer le total de mes effets, ſans diminution du dixieme dont je devois porter le riſque, le contrat n'eſt pas nul pour cela, mais il eſt réductible à la ſomme à laquelle devoit monter la ſomme que je pouvois faire aſſurer, en faiſant diſtraction du dixieme dont je dois courir le riſque. C'eſt ce qu'obſerve Vaſlin ſur l'*art.* 19.

Pareillement lorſque quelqu'un a fait aſſurer avec une choſe que les Loix permettoient de faire aſſurer, une autre choſe que les Loix ne permettoient pas de faire aſſurer; comme lorſqu'un prêteur à la groſſe aventure a fait aſſurer avec ſon capital, le profit maritime qu'il eſpéroit en retirer, le contrat d'aſſurance n'eſt pas entiérement nul; il ne l'eſt que quant à la choſe que la Loi ne permettoit pas de faire aſſurer: il faut diſtraire de l'aſſurance cette choſe, & l'aſſurance ſera valable pour le ſurplus.

## ARTICLE II.

### *Des riſques.*

### §. I.

### *Il faut qu'il y ait un riſque auquel la choſe ſoit expoſée.*

45. Il eſt de l'eſſence du contrat d'aſſurance, non-ſeulement qu'il y ait, lors du contrat, une choſe qu'on faſſe aſſurer, qui ſoit la matiere de ce contrat, *ſuprà*, *art.* 1, §. 1; mais auſſi que cette choſe, lors du contrat, ſoit ou doive être par la ſuite expoſée à des riſques dont l'aſſureur ſe charge.

46. Néanmoins, de même que dans le cas auquel les Parties ont contracté de bonne foi, & n'ont ſçu, ni pu ſçavoir, lors du contrat, que la choſe qu'on a fait aſſurer par le contrat, étoit déja périe, la Loi civile fait ſubſiſter le contrat, en ſuppoſant par une fiction de Droit que la choſe ſubſiſtoit encore lors du contrat, & en ne comptant le temps de ſa perte, que du jour de la nouvelle qu'on a eue depuis le contrat, comme nous l'avons vu en l'article précédent, §. 1: de même lorſque les Parties ont contracté de bonne foi, & que l'aſſureur n'a ſçu ni pu ſçavoir, lors du contrat, que le vaiſſeau étoit arrivé à bon port, & que les riſques dont il ſe charge par le contrat, étoient ceſſés, la Loi civile fait ſubſiſter le contrat, en ſuppoſant par une fiction de Droit, que le vaiſſeau n'eſt arrivé à bon port, & que les riſques ne ſont ceſſés que du jour de la nouvelle qu'on en a eue.

47. Mais ſi lors du contrat, l'aſſureur a ſçu, ou pu ſçavoir l'arrivée du

vaiſſeau à bon port, le contrat eſt nul, faute de riſques qui en aient pu être la matiere; & en outre l'Ordonnance prononce contre lui une peine. Il eſt dit, *art.* 41, qu'en ce cas, ſi la preuve eſt faite contre l'aſſureur, il ſera condamné à la reſtitution de la *prime* (lorſqu'il l'a reçue), & d'en payer le double à l'aſſuré.

Obſervez que l'Ordonnance ne dit pas qu'il reſtituera la *prime* au double, auquel cas la peine ne ſeroit que d'une fois autant; mais elle dit qu'il reſtituera la *prime*, qui ne lui étoit pas due, & en payera le double, ce qui ſignifie, comme l'explique fort bien Vaſſin, qu'outre la reſtitution de la *prime*, il payera encore par forme de peine, une ſomme double de celle de la *prime*. Cela eſt juſte; car ſon délit étant égal à celui de l'aſſuré qui fait aſſurer, ayant connoiſſance de la perte, la peine qui lui eſt infligée, doit être égale à celle qui eſt infligée à l'aſſuré: or celle infligée à l'aſſuré eſt d'une ſomme double de celle de la *prime*. Mais s'il ne rendoit que la *prime* au double, lorſqu'il l'a reçue, la peine ne ſeroit pas du double, mais ſeulement d'une fois autant; la reſtitution de la *prime* ne faiſant pas partie de la peine, puiſque le contrat étant nul, il l'a reçue indument.

48. Tout ce que nous avons dit au §. 1 de l'article précédent, ſur les queſtions de ſçavoir quand l'aſſuré eſt cenſé avoir ſçu, ou pu ſçavoir, lors du contrat, la perte de la choſe qu'il faiſoit aſſurer, reçoit application à celles de ſçavoir quand l'aſſureur doit être cenſé avoir ſçu, ou dû ſçavoir, lors du contrat, l'heureuſe arrivée du navire.

## §. II.

### *Quels ſont les riſques dont ſe charge l'aſſureur par le Contrat d'Aſſurance.*

49. L'aſſureur ſe charge par le contrat d'aſſurance, des riſques de tous les cas fortuits qui peuvent ſurvenir par force majeure durant le voyage, & cauſer à l'aſſuré une perte dans les choſes aſſurées, ou par rapport auxdites choſes.

C'eſt ce qui eſt établi par l'*art.* 26 du *tit.* 6 de l'Ordonnance. Il y eſt dit: » ſeront aux riſques des aſſureurs toutes pertes & dommages qui arriveront » ſur mer par tempêtes, naufrages, échouemens, abordages, changemens de » routes de voyage, ou de vaiſſeau, jet, feu, pillages, priſes, arrêt de Prince, » déclaration de guerre, repréſailles, & généralement toutes fortunes de « mer. »

Ces termes, *toutes pertes & dommages*, doivent-ils être reſtreints au cas de la perte des effets aſſurés, ou de leur détérioration, arrivée par une fortune de mer? ou comprennent-ils auſſi tous les frais extraordinaires, auxquels des fortunes de mer ont donné lieu; ce qui s'appelle *avaries*? *Tit.* des avaries, art. premier. Par exemple, ſi une tempête avoit fait échouer le navire, les frais pour rembarquer les marchandiſes, doivent-ils être portés par les aſſureurs? Un Juriſconſulte, à qui j'ai communiqué ce Traité, a trouvé que cette queſtion ſouffroit difficulté. Il me paroît que les aſſureurs doivent être tenus de ces frais: ces frais extraordinaires ſont pour le marchand qui a fait aſ-

ſurer, une *perte* qui lui eſt cauſée par une fortune de mer. Or l'Ordonnance charge, dans les termes les plus généraux, les aſsureurs, de toutes les pertes qui arrivent par quelque fortune de mer. L'Ordonnance ne dit pas, toutes pertes & dommages *dans les choſes aſſurées* ; elle dit en général, *toutes pertes & dommages*. Un ancien Négociant très-éclairé, qui a demeuré très-long-temps ſur un des principaux ports de Normandie, m'a atteſté qu'il avoit toujours vu les aſsureurs, quoique les plus pointilleux pour chercher à reſtreindre leurs obligations, ne faire néanmoins aucune difficulté de ſe ſoumettre à ſupporter les avaries & frais extraordinaires, cauſés par quelque fortune de mer, pour la conſervation des effets aſsurés.

50. L'article fait enſuite l'énumération des différentes fortunes de mer qui doivent tomber ſur l'aſsureur, *tempêtes*, *naufrages*, *échouemens* : on entend aſsez ce que c'eſt.

*Abordages* ; c'eſt-à-dire, lorſque mon vaiſſeau que j'ai fait aſsurer, a été endommagé par le heurt d'un autre vaiſſeau, l'aſsureur eſt tenu de m'indemniſer du dommage arrivé à mon vaiſſeau par cet abordage, lorſqu'il eſt arrivé par un cas fortuit, comme dans une tempête, ou même lorſqu'il eſt arrivé par la faute du maître d'un autre vaiſſeau ; auquel cas je dois lui céder mes actions contre celui par la faute de qui eſt arrivé l'abordage, & contre ſon commettant. Mais ſi c'eſt par la faute du maître de mon vaiſſeau que l'abordage eſt arrivé, l'aſsureur n'en eſt pas tenu, s'il n'y a une clauſe particuliere que l'aſſureur ſera tenu *de la Baraterie du Patron*, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 65.

51. *Changement de route de voyage.* La diſpoſition de cet article, qui charge les aſſureurs des pertes & dommages arrivés par cas fortuits, même en cas de *changement de route, ou de voyage*, doit s'entendre du cas auquel le changement a été forcé, comme lorſqu'il a été cauſé par les vents contraires, ou dans le cas d'une juſte crainte de tomber entre les mains des pirates ou d'ennemis ; mais s'il avoit été fait ſans néceſſité, les aſſureurs ſeroient déchargés, ſuivant l'*art.* 27, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 72 *& ſuiv.*

*Ou de vaiſſeau.* Ce qui doit pareillement s'entendre du cas auquel c'eſt par néceſſité qu'on a chargé ſur un autre vaiſſeau les marchandiſes aſſurées ; *putà*, ſi par une tempête, le vaiſſeau ſur lequel elles étoient chargées & aſſurées, s'eſt allé briſer le long d'une côte, la dépenſe qu'il faut faire en ce cas, pour le charger ſur un autre vaiſſeau, eſt un dommage qui doit être porté par les aſſureurs.

52. *Jet.* Lorſque ce ſont les marchandiſes aſſurées qu'on a été obligé de jetter à la mer, il n'eſt pas douteux que les aſſureurs en doivent payer à l'aſſuré la valeur, ſauf à eux à exercer les actions de l'aſſuré, contre ceux qui ſont tenus à la contribution.

Lorſque ce ſont d'autres marchandiſes qui ont été jettées à la mer, à la perte deſquelles le propriétaire des marchandiſes aſſurées qui ont été conſervées, doit contribuer, cette contribution doit-elle être ſupportée par les aſſureurs, à la décharge du propriétaire qu'ils ont aſſuré ? Je le penſe ; car quoique la perte que cette contribution cauſe à l'aſſuré, ſoit une perte qu'il ne ſouffre pas dans les marchandiſes même qu'il a fait aſſurer, il ſuffit qu'il la

souffre par rapport auxdites marchandises, & qu'elle soit causée par une fortune de mer, pour que l'assureur doive supporter cette perte, & qu'il en doive indemniser l'assuré. La disposition de l'*art.* 26, ci-dessus rapportée, est générale; il y est dit, *seront aux risques des assureurs toutes pertes & dommages qui arriveront sur mer, & généralement toutes fortunes de mer.*

Ajoutez que les assureurs étant ceux qui profitent du jet, qui a conservé les marchandises assurées, puisqu'elles étoient à leurs risques, ce sont eux qui doivent supporter la contribution. C'est par cette raison que l'*art.* 16 *du Tit. du Contrat à la grosse*, charge les donneurs à la grosse de contribuer aux avaries communes: la même raison milite pour les assureurs.

53. *Feu.* Les assureurs en sont tenus, lorsque c'est par un cas fortuit, comme par le feu du ciel, ou dans un combat, que le feu a pris au vaisseau; mais si c'étoit par la négligence & la faute des mariniers, ils n'en seroient pas tenus, à moins que par une clause particuliere, ils ne se fussent chargés de la baraterie du patron; Voyez *infrà*, *n.* 65.

Il est arrivé quelquefois, que des Capitaines ne pouvant plus défendre le navire, y ont mis le feu pour l'empêcher de tomber entre les mains des ennemis. Il n'est pas permis d'en venir à cette extrêmité, à moins que le Capitaine n'ait trouvé le moyen de faire sortir tout son monde du navire, avant que le feu y prît. Le Capitaine ayant eu cette précaution, fait brûler le vaisseau: on demande si les assureurs peuvent se défendre d'en supporter la perte, sur le prétexte qu'elle est arrivée par le fait du Capitaine? Je pense que les assureurs la doivent supporter, & qu'ils ne peuvent opposer qu'il a été brûlé par le fait du Capitaine; car le Capitaine a eu un juste sujet de le brûler; & quand même le navire n'auroit pas été incendié, il n'en auroit pas moins été perdu, puisqu'on suppose que la prise en eût été sans cela inévitable.

54. *Prises.* L'assureur en est tenu, soit que la prise en ait été faite de bonne guerre, soit qu'elle ait été injuste, soit qu'elle ait été faite par hostilité, ou par brigandage; car de quelque maniere qu'elle ait été faite, c'est une fortune de mer: or les assureurs sont tenus de toutes les fortunes de mer.

*Quid?* Si les assureurs mettoient en fait que le vaisseau a été pris par la lâcheté & la poltronerie du Capitaine, qui a rendu le vaisseau au premier coup de canon, lorsqu'il pouvoit se défendre. On m'a assuré que dans les Tribunaux, on n'admettroit pas cette preuve, & que le Capitaine qui s'étoit rendu, étoit présumé n'avoir pu faire autrement.

55. *Pillage.* La perte des effets assurés qui arrive par le pillage qui en est fait en cas de naufrage par des pillards, sur le rivage sur lequel le flot les a jettés, est une fortune de mer que les assureurs doivent supporter.

56. *Arrêt de Prince.* L'arrêt differe de la prise: *la prise* d'un vaisseau se fait en pleine mer; *l'arrêt* se fait dans un port, ou une rade où le vaisseau se trouve.

L'Ordonnance rapporte entre les différentes especes de fortunes de mer qui doivent tomber sur les assureurs, *l'arrêt de Prince*: il y a néanmoins à cet égard plusieurs distinctions à faire. Cet arrêt se fait, ou en pays étranger par les ordres d'un Prince étranger, ou dans un port du Royaume, par les ordres du Roi.

Au premier cas, lorſque c'eſt un pays étranger, & par l'ordre d'un Prince étranger que l'arrêt a été fait, il faut encore diſtinguer en quelle circonſtance il a été fait, & s'il y a eſpérance, ou non, d'en avoir main-levée. Lorſque l'arrêt a été fait après une déclaration de guerre, ou en vertu de lettres de repréſailles, c'eſt une fortune de mer à la charge des aſſureurs; & l'aſſuré peut incontinent, quand même la confiſcation n'auroit pas encore été prononcée, faire aux aſſureurs l'abandon des marchandiſes aſſurées, & exiger d'eux la ſomme aſſurée.

Mais lorſque l'arrêt a été fait en temps de paix, comme il y a en ce cas eſpérance d'une main-levée de l'arrêt, cet arrêt n'eſt pas réputé incontinent une fortune de mer, dont les aſſureurs doivent ſe charger; & l'aſſuré n'eſt pas fondé incontinent à demander la ſomme aſſurée, en abandonnant aux aſſureurs les effets aſſurés: il ne peut faire cet abandon qu'au bout d'un certain temps réglé par l'Ordonnance, lorſqu'il n'a pu, pendant ce temps, obtenir la main-levée de l'arrêt, & qu'il juſtifie des diligences qu'il eſt tenu de faire pour cela, ſuivant l'*art. 51 du Tit. des aſſurances*. Ce temps eſt de ſix mois, du jour de la ſignification de l'arrêt du vaiſſeau, faite aux aſſureurs, lorſque l'arrêt a été fait en Europe, ou en Barbarie; & d'un an, lorſqu'il a été fait en pays plus éloigné; *art.* 49.

Lorſque les effets aſſurés ſont des marchandiſes périſſables, le délai n'eſt que de ſix ſemaines, au lieu de ſix mois; ou de trois mois, au lieu d'un an; *art.* 50.

57. Quoique l'aſſuré, qui a eu main-levée de *l'arrêt* pendant ce temps, ou même depuis ce temps, mais avant qu'il ait fait ſon abandon aux aſſureurs, ne puiſſe plus le faire, il peut néanmoins demander aux aſſureurs qu'ils l'indemniſent du dommage qu'il a ſouffert par le dépériſſement ſurvenu aux marchandiſes pendant le temps qu'a duré l'arrêt; ou pour les nourritures & loyers des Matelots pendant ledit temps, pour la part dont il en a été tenu; c'eſt une avarie qui eſt à la charge des aſſureurs.

Lorſque le Prince a pris, dans un cas de beſoin, en tout ou en partie, les marchandiſes aſſurées, & en a payé le prix, l'aſſuré étant payé du prix de ſes marchandiſes, ne ſouffre aucune perte, & n'a par conſéquent aucun recours contre les aſſureurs.

58. Lorſque l'arrêt a été fait pour cauſe de contrebande, & que les marchandiſes aſſurées s'étant trouvées de contrebande, ont été confiſquées, cette perte doit-elle tomber ſur les aſſureurs? Par exemple, un Négociant François a fait charger en Eſpagne, clandeſtinement, des marchandiſes de ſoierie, contre les Loix d'Eſpagne, qui en défendent l'exportation; le vaiſſeau a été arrêté par les Officiers du Roi d'Eſpagne, & les marchandiſes confiſquées, comme étant chargées en contrebande; les aſſureurs ſont-ils tenus de cette perte? Vaſſin tient l'affirmative, pourvu que les aſſureurs aient eu connoiſſance que les marchandiſes qu'on a fait aſſurer étoient de contrebande. Car s'ils l'avoient ignoré, il n'eſt pas douteux, en ce cas, qu'ils n'en ſeroient pas tenus: ils ne pourroient pas être cenſés s'être ſoumis au riſque de la confiſcation pour cauſe de contrebande, n'ayant pas de connoiſſance que les marchandiſes fuſſent de contrebande.

Vaſſin cite une Sentence de l'Amirauté de Marſeille du 30 Juin 1758, qui a jugé conformément à ſon opinion dans l'eſpece ci-deſſus rapportée, & qui a été confirmée par Arrêt du Parlement d'Aix, du 30 Juin ſuivant; & il rapporte une longue conſultation, qui contient les raiſons ſur leſquelles les Juges ſe ſont fondés. Ces raiſons ſe réduiſent à dire qu'il n'eſt pas, à la vérité, permis à un François de faire en France un commerce de contrebande, que les Loix du Royaume défendent; & que par conſéquent le contrat d'aſſurance qui interviendroit, pour favoriſer & aſſurer un pareil commerce, par lequel les aſſureurs ſe chargeroient du riſque de la confiſcation pour cauſe de cette contrebande, ſeroit un contrat illicite & nul: mais qu'il n'eſt pas défendu à un François de faire en pays étranger un commerce de contrebande, qui n'eſt défendu que par les Loix de ce pays, auxquelles, ſelon lui, le François n'eſt pas ſujet; que ce commerce n'étant pas illicite, le contrat d'aſſurance qui intervient pour aſſurer ce commerce, n'a rien non plus d'illicite, & qu'il peut licitement charger par ce contrat les aſſureurs, du riſque de la confiſcation pour cauſe de cette contrebande, de même que des autres fortunes de mer.

Ce principe me paroît faux. Il eſt faux qu'il ſoit permis à un François de faire dans un pays étranger un commerce de contrebande, défendu par les Loix du pays. Ceux qui commercent dans un pays, ſont, par le droit des gens, & par la Loi naturelle, obligés de ſe conformer, pour ce commerce, aux Loix du pays où ils le font. Chaque Souverain a empire & juriſdiction ſur tout ce qui ſe fait dans le pays où il a droit de commander; il a par conſéquent le droit de faire, pour le commerce qui ſe fait dans ſes Etats, des Loix qui obligent tous ceux qui le font, les étrangers auſſi-bien que ſes ſujets. On ne peut diſputer à un Souverain qu'il n'ait le droit de retenir dans ſes Etats certaines marchandiſes qui y ſont, & d'en défendre l'exportation: les en exporter contre ſes ordres, c'eſt donner atteinte au droit qu'il a de les y retenir; & par conſéquent c'eſt une injuſtice. D'ailleurs, quand même, ce qui eſt faux, un François ne ſeroit pas par lui-même ſujet aux Loix d'Eſpagne, pour le commerce qu'il fait en Eſpagne, on ne peut pas diſconvenir que les Eſpagnols, dont il eſt obligé de ſe ſervir, ſont ſujets à ces Loix, & qu'ils péchent grièvement en concourant avec lui à l'exportation défendue par leſdites Loix. Or, par cela même qu'il ne peut faire ce commerce de contrebande en Eſpagne, ſans engager des Eſpagnols à pécher, il peche lui-même; car c'eſt pécher que d'engager quelqu'un à pécher. Ce commerce eſt donc illicite & contraire à la bonne foi; & par conſéquent le contrat d'aſſurance qui intervient pour favoriſer & aſſurer ce commerce, en chargeant l'aſſureur des riſques de la confiſcation, auxquels il eſt expoſé, eſt particuliérement illicite, & ne peut par conſéquent produire aucune obligation.

59. Paſſons au ſecond cas, qui eſt celui auquel *l'arrêt* a été fait dans les ports du Royaume par l'ordre du Roi.

Les cauſes les plus ordinaires, pour leſquelles le Roi fait faire ces arrêts, c'eſt lorſqu'en temps de guerre, ou à la veille d'une guerre, pour prévenir les priſes des vaiſſeaux, le Roi les retient dans ſes ports, juſqu'à ce qu'ils puiſſent partir en flotte, & être eſcortés par des vaiſſeaux de guerre.

L'*art.* 25 diſant, qu'en ce cas lorſque l'arrêt eſt fait *avant le voyage commencé*,

les assurés ne pourront, à cause de l'arrêt, faire l'abandon de leurs effets aux assureurs. De ces termes, *avant le voyage commencé*, il résulte par un argument, *à contrario*, que si c'étoit *depuis le voyage commencé* que l'arrêt eût été fait, quoique dans un port du Royaume, où le vaisseau auroit été obligé de relâcher, & par ordre du Roi, il en devroit être autrement, & que les assurés pourroient être en ce cas reçus à l'abandon, de même que lorsque l'arrêt est fait en pays étranger, & par l'ordre d'un Prince étranger. C'est la conséquence qu'en a tiré Vasin sur cet article.

La raison de différence entre le cas de l'arrêt du vaisseau, fait avant le départ, & celui fait depuis, est que, comme nous le verrons *infrà*, le temps des risques dont les assureurs se chargent à l'égard du vaisseau, ne commence que du jour du départ. C'est ce que veut dire l'Auteur du *Guidon*, lorsqu'il dit, *chap.* 9, que l'arrêt fait avant le départ du vaisseau, n'est que *danger de terre*, dont l'assureur n'est pas tenu.

60. Lorsque l'arrêt du vaisseau, qui est fait avant son départ, n'est fait que pour retarder son départ, en attendant une escorte, le contrat ne laisse pas de devoir subsister; il doit suffire aux assureurs de n'être pas tenus d'indemniser l'assuré de la perte qu'il souffre du retard : ils ne peuvent pas, sans son consentement, se désister du contrat.

Lorsque l'arrêt a été fait, parce que le Roi avoit besoin du navire, l'assuré peut encore, en ce cas, faire subsister le contrat, en chargeant les marchandises assurées sur un autre navire, & en notifiant ce chargement aux assureurs; sans quoi le contrat devient nul.

Si l'arrêt est fait pour tirer du vaisseau quelques effets dont le Roi avoit besoin, le contrat subsiste pour le surplus, en diminuant la *prime* à proportion.

Lorsque l'arrêt n'a été fait que parce que le Roi avoit besoin du maître, le propriétaire peut prépose un autre maître, sans que le contrat en reçoive aucune atteinte.

61. *Déclaration de guerre.* Les risques auxquels une déclaration de guerre survenue depuis le contrat d'assurance, expose le vaisseau & sa cargaison, sont, suivant la disposition de cet article, des risques dont sont tenus les assureurs, quoique le contrat ait été fait en temps de paix, & dans un temps auquel on ne s'attendoit pas à la guerre.

Mais le prix de la *prime* doit-il en ce cas être augmenté? Voyez cette question *infrà*, *n.* 83.

*Représailles.* On appelle *représailles*, lorsqu'une Puissance voisine, qui prétendroit que nous avons dénié la justice qui étoit due à ses sujets, leur accorde des Lettres de Représailles, qui leur donnent pouvoir de courir sur nos vaisseaux; le cas de ces représailles est assez semblable à celui d'une déclaration de guerre.

Et généralement *toutes autres fortunes de mer.* Ces termes généraux comprennent tous les cas extraordinaires de force majeure qui peuvent causer ou la perte des choses assurées, ou quelque dommage dans lesdites choses, ou par rapport auxdites choses.

62. Il nous reste à voir pendant quel temps les assureurs sont chargés des

risques des choses assurées, & quand ce temps commence, & finit. Sur la premiere question, il faut suivre ce qui est réglé par la police d'assurance; quelquefois elle est faite pour le temps du voyage seulement; quelquefois elle est faite pour le temps du voyage & du retour; auquel cas les assureurs sont tenus des risques jusqu'au retour du vaisseau.

Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, l'assurance n'est censée faite que pour l'aller, & non pour le retour; *Vaslin*, & les Auteurs par lui cités.

Quelquefois l'assurance est faite pour un certain temps limité, sans aucune désignation de voyage; comme lorsqu'il est dit simplement, que les assureurs ont assuré un tel vaisseau pour le temps de six mois, à compter du jour qu'il aura mis à la voile; cette espece d'assurance se fait à l'égard des vaisseaux armés en course. Les assureurs ne sont en ce cas tenus des risques, que pendant le temps convenu; après ce temps expiré, ils en sont de plein droit déchargés pour l'avenir, quoique le vaisseau soit encore en mer, & leur *prime* est gagnée; sauf à régler les pertes & avaries qui ont pu avoir lieu avant l'expiration de ce temps; Voyez l'*art.* 34.

Mais lorsque l'assurance est faite pour un voyage désigné par la police, quoique la police ait limité un temps pour le voyage, les assureurs sont tenus de tous les risques qui peuvent arriver pendant tout le voyage, même de ceux qui arriveroient depuis l'expiration de ce temps, lequel est censé avoir été limité par la police; non à l'effet que les assureurs fussent déchargés des risques après l'expiration de ce temps, mais à l'effet seulement, que si le voyage duroit plus long-temps, la *prime* fût augmentée à proportion de ce qu'il dureroit de plus, sans que pour cela la *prime* dût être diminuée dans le cas où il dureroit moins, ce temps étant censé n'être appose qu'en faveur des assureurs: c'est la disposition de l'art. 35.

63. A l'égard de la seconde question, lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur le temps auquel les assureurs devoient commencer, & sur celui auquel ils devoient cesser d'être chargés des risques, l'Ordonnance, *Titre des Assurances, art.* 5, veut qu'on suive à cet égard, pour les contrats d'assurance, ce qu'elle a réglé pour les contrats de prêt à la grosse aventure, en l'article 13 du titre précédent. Suivant cet article, le temps des risques à l'égard du vaisseau, agrès, apparaux & vituailles, commence à courir depuis qu'il a mis à la voile, & dure jusqu'à ce qu'il soit ancré au port de sa destination, & amarré au quai.

A l'égard des marchandises, le temps des risques commence aussi-tôt qu'elles ont été chargées dans le vaisseau, ou dans des gabarres pour les y porter, & dure jusqu'à ce qu'elles soient délivrées à terre, sur le quai au lieu de leur destination.

Ce qui est dit, que le temps du risque pour les marchandises, ne commence à courir que depuis qu'elles ont été chargées sur le vaisseau, a lieu non-seulement à l'égard de celles qui sont chargées au port du lieu du départ du vaisseau, mais aussi à l'égard de celles qui doivent être chargées dans les ports des différentes *échelles*, où il est dit que le vaisseau doit relâcher. Les assureurs qui les ont assurées avec celles qui ont été chargées lors du départ, ne commencent pareillement à en courir les risques, que depuis qu'elles ont été chargées. Tant qu'elles

qu'elles ſont encore à terre, quoique deſtinées pour y être chargées, & quoique le vaiſſeau ſoit au port pour les y prendre, elles ne ſont pas encore aux riſques des aſſureurs.

On m'a fait part d'une eſpece qui s'eſt préſentée depuis peu à l'Amirauté du Palais, où il étoit queſtion de ſçavoir, quand le riſque devoit être réputé fini. La voici: Le ſieur Huguet de Semonvile, qui avoit donné à la groſſe 2000 liv. piaſtres eſtimées 8000 livres, ſur un vaiſſeau arrivé à Buenos-Ayres, à la fin de l'année 1751, en fit aſſurer le 21 Mars 1753 à la deuxieme Chambre des aſſurances de Paris, les retours, ſoit en matiere d'or ou d'argent, denrées ou fruits, ſur un ou pluſieurs navires, depuis leur chargement à Buenos-Ayres, juſqu'à leur arrivée à Cadix, ou autre port d'Eſpagne. Le 6 Février 1755, il fit déclaration qu'il lui étoit arrivé une partie de ſes retours, pour une ſomme de 740 livres: le 25 Mars ſuivant, autre déclaration pour une ſomme de 745 livres 15 ſols; depuis ce temps, plus de nouvelles. Au mois de Décembre 1764, les aſſureurs firent aſſigner le ſieur Huguet, pour voir déclarer les riſques finis: le ſieur Huguet ſoutint qu'il avoit encore une partie de ſes retours à attendre; que les aſſureurs devoient être chargés du riſque de ſes retours, ni la police d'aſſurance, ni aucune Loi n'ayant point limité le temps pendant lequel ils en ſeroient chargés. Néanmoins par Sentence de l'Amirauté du 19 Mai 1765, on a déclaré le temps des riſques fini; & le ſieur Huguet qui en avoit interjetté appel, *melius conſultus*, s'en eſt déſiſté. Pareille Sentence eſt intervenue au mois de Septembre ſuivant, dans une eſpece ſemblable. Les motifs de ces Sentences, dont un des Juges a eu la bonté de me faire part, ont été, que ſi le temps que doivent durer les riſques des retours qu'on fait aſſurer, n'étoit pas limité *arbitrio Judicis*, les aſſureurs ſeroient expoſés à être trompés tous les jours; car la rentrée de ces retours étant le plus ſouvent inconnue aux aſſureurs, un Négociant de mauvaiſe foi, après avoir reçu en entier les retours qu'il a fait aſſurer, pourroit, long-temps après, faire valoir l'aſſurance ſur des marchandiſes qu'il auroit perdues, en diſant, contre la vérité, qu'elles ſont partie des retours qu'il a fait aſſurer.

## §. III.

### *Quelles ſont les pertes & dommages dont les Aſſureurs ne ſont pas tenus.*

64. *Premiere regle.* Les aſſureurs ne ſont pas tenus des pertes & des dommages arrivés par la faute des maîtres & mariniers.

C'eſt la diſpoſition de l'article 28: les riſques des pertes & dommages dont les aſſureurs ſe chargent par la nature du contrat d'aſſurance, ſont les riſques des pertes & dommages qui peuvent arriver par *fortunes de mer*, c'eſt-à-dire, par quelque cas de force majeure, à laquelle on ne peut réſiſter, *vis divina*. Il eſt évident que l'impéritie, ou le défaut de ſoin & d'attention du maître & des mariniers, ne peuvent être compris ſous le nom de *force majeure*; & qu'au contraire, ce ſont choſes oppoſées à la force majeure. Les aſſureurs ne ſont donc pas tenus, par la nature du contrat d'aſſurance, des pertes & dommages qui arri-

vent par la faute de ces personnes. Les Marchands, dont les marchandises ont été endommagées, ne peuvent donc en ce cas se pourvoir contre les assureurs; mais ils ont l'action *ex conducto* contre le maître ou patron avec qui ils ont contracté pour le transport de leurs marchandises, & l'action *exercitoria* contre l'armateur qui l'a préposé; cet armateur a, de son côté, une pareille action contre le maître qui s'est chargé de la conduite de son vaisseau.

L'article 4 du *Titre des Avaries*, rapporte des exemples de dommages causés par la faute du maître; sçavoir, lorsque les marchandises ont été endommagées pour n'avoir pas bien fermé les écoutilles, amarré le vaisseau, fourni de bons guindages & cordages. On peut en apporter une infinité d'autres exemples.

65. Quoique les assureurs ne soient pas, par la nature du contrat d'asurance, tenus de ces pertes & dommages, ils peuvent en être tenus par une clause particuliere. C'est pourquoi l'article 28, après avoir dit, que les asureurs ne sont pas tenus *des pertes & dommages arrivés . . . . par faute des maîtres & mariniers*, ajoute, *si par la police ils ne sont chargés de la baraterie du patron.*

Ces termes de *baraterie de patron*, comprennent toutes les especes, tant de dol que de simple imprudence, défaut de soin & impéritie, tant du patron que des gens de l'équipage; Voyez l'Arrêt du 26 Mars 1762, rapporté au troisieme Tome du Journal des Audiences.

L'asureur qui s'est chargé envers les Marchands, de ces pertes & dommages, & qui en conséquence les en a indemnisés, est de plein droit subrogé aux actions desdits Marchands, tant contre le maître que contre l'armateur.

L'assureur peut faire cette convention, non-seulement avec les Marchands, mais même avec l'armateur, pourvu néanmoins que ce ne soit pas lui-même qui monte son vaisseau; car il est évident que je ne puis pas valablement convenir avec quelqu'un qui se chargera des fautes que je commettrai: ce seroit une convention qui inviteroit *ad delinquendum*: mais quand même le patron seroit le fils de l'armateur, l'armateur peut valablement convenir que l'asureur sera chargé de la *baraterie du patron*, de même que si le patron étoit un étranger.

66. *Seconde regle.* « Les déchets, diminutions & pertes qui arrivent » par le vice propre de la chose, ne tombent point sur les asureurs. »

C'est la disposition de l'article 29: la raison est, qu'on entend par *cas fortuits*, & *force majeure* (qui sont les chose sdont les asureurs se chargent,) des accidens extraordinaires, & non de ce qui arrive naturellement.

Suivant cette regle, les asureurs ne sont pas tenus de la diminution qui arrive dans les marchandises, par le coulage auquel elles sont naturellement sujettes.

Mais si une tempête avoit occasionné un coulage beaucoup plus considérable que le coulage ordinaire, les asureurs seroient tenus de faire raison de ce coulage, sous la déduction de ce à quoi on arbitrera que peut monter le coulage ordinaire; pourvu néanmoins que les asureurs aient fait par la Police, une déclaration de leurs marchandises sujettes à coulage, comme nous le verrons *infrà*.

Suivant cette regle, si le navire, dont les asureurs ont asuré à l'armateur

le voyage & le retour, ſe trouve hors d'état de revenir par vétuſté & pourriture, les aſsureurs ne ſeront pas tenus de cette perte; il en ſeroit autrement, ſi c'étoit par des coups de mer, ou par quelqu'autre accident, qu'il eut été mis hors d'état de ſervir.

Suivant la même regle, ſi des voiles ou des cables ſont uſés de vétuſté, l'aſſureur n'en eſt pas tenu; au lieu qu'il en ſeroit tenu, ſi c'étoit la violence des coups de vent qui en eût cauſé la rupture.

Suivant la même regle, lorſque des animaux, ou des negres ſont morts de leur mort naturelle, ou même lorſque des negres, par déſeſpoir, ſe ſont donnés la mort, l'aſsureur n'en eſt pas tenu; car ſe ſont pertes arrivées par la nature ou le vice de la choſe, ou quelquefois par la négligence du maître, qui ne peut être imputée à l'aſsureur, s'il ne s'en eſt chargé expreſsément: autre choſe ſeroit, s'ils étoient noyés dans une tempête, ou tués dans un combat.

67. *Troisieme regle.* « Les aſsureurs ne ſont tenus des pilotages, touages, lamanages, des droits de congé, viſite, rapports & d'ancrage, ni de » tous autres impoſés ſur les navires & marchandiſes. » C'eſt la diſpoſition de l'article 30.

*Pilotage*, eſt le droit que les maîtres des navires paient au Pilote *côtier*, dont ils ſe ſervent pour entrer dans les ports, ou en ſortir avec ſûreté, & pour éviter les dangers qui ſe trouvent ſur les côtes; *Guidon de la mer*, ch. 5.

*Touage*, c'eſt ce qu'on paie aux haleurs qui halent les navires dans les rivieres, pour les conduire au fil de l'eau; *ibid.*

*Lamanage*, c'eſt ce qu'on paie aux lamaneurs. On appelle *lamaneurs*, les conducteurs des petites barques, qui viennent au devant des navires, avec des inſtrumens propres à les haler, & à diriger la marche, lorſqu'ils entrent dans un port, ou dans une riviere; *ibid.*

Ces frais de *pilotage*, *touage* & *lamanage*, étant des frais ordinaires du voyage, ne peuvent concerner les aſsureurs, qui ne ſe chargent que des accidens extraordinaires.

Mais ſi c'étoit quelqu'accident extraordinaire qui eût donné lieu à ces frais; comme ſi un navire, à l'occaſion d'une tempête, ou étant pourſuivi par des corſaires, avoit été obligé de relâcher dans un port, où il n'auroit pas relâché ſans cela, les frais de *pilotage*, *touage* & *lamanage*, faits pour entrer dans ce port, & pour en ſortir, ſeroient-ils en ce cas à la charge des aſsureurs?

Un Juriſconſulte, dont je reſpecte les lumieres, penſe que les aſsureurs, même en ce cas, n'en ſont pas tenus; non-ſeulement parce que l'article 30 décharge indiſtinctement les aſsureurs, de ces frais; mais encore parce que les aſsureurs ne ſont chargés que *des pertes*, & que ces frais ſont des frais de conſervation, plutôt que des pertes: pour l'opinion contraire on peut dire, que lorſque c'eſt un accident extraordinaire de force majeure, qui a obligé le vaiſſeau de relâcher dans un port, où il n'auroit pas relâché ſans cela, & qui a en conſéquence donné lieu à ces frais, ces frais ſont en ce cas une vraie perte pour l'aſſuré, qui lui eſt cauſée par une fortune de mer qui a donné lieu à ces frais. L'Ordonnance, art. 26, ayant chargé dans les termes les plus généraux, les aſsureurs, de toutes les pertes cauſées par fortune de mer, ils doivent être chargés de celle-ci; & qu'en conſéquence l'article 30, qui dé-

charge les assureurs des frais de *lamanage*, &c., ne doit s'entendre que du cas auquel ces frais sont frais ordinaires. M. Vasslin tient cette seconde opinion.

*Droits de congé*, c'est-à-dire, du passe-port que le maître doit prendre de M. l'Amiral pour chaque voyage.

*De visite*, sont ceux attribués aux Officiers de l'Amirauté pour la visite des navires.

*De rapports*, sont ceux des déclarations que le maître doit faire à l'Amirauté, soit à son arrivée, soit au cas de relâche dans chaque port.

*D'ancrage*, sont ceux qui sont dûs à l'Amiral pour la permission de mettre le navire à l'ancre dans chaque port, ou riviere.

*Ni de tous autres droits sur les navires & marchandises*, tels que sont les droits pour l'amarrage du navire sur le quai, les droits d'entrée & de sortie des marchandises, *&c.*

Tous ces droits, de même que ceux de *pilotage* & *lamanage*, sont des frais ordinaires de voyage, qui ne peuvent concerner les assureurs, si ce n'est, peut-être, dans le cas où quelqu'accident extraordinaire y auroit donné lieu, comme il a été dit ci-dessus.

68. *Quatrieme Regle.* « Les assureurs ne sont pas tenus des risques, » lorsqu'on s'est écarté de ce qui est porté par la Police, si ce n'est de leur » consentement, ou en cas de nécessité. »

Un premier exemple de cette regle, est lorsque les marchandises assurées, qui devoient être chargées sur un certain vaisseau dénommé par la Police d'assurance, ont été chargées sur un autre vaisseau.

*Finge*, il est dit par la Police d'assurance, que les assureurs m'ont assuré certaines marchandises de valeur de quinze mille livres, qui devoient être chargées sur le vaisseau *le Saint-Joseph*; plus, d'autres marchandises de pareille valeur de quinze mille livres, qui devoient être chargées sur le vaisseau *le Triton*; plus, d'autres marchandises de pareille valeur de quinze mille livres, qui devoient être chargées sur le vaisseau *la Syrene*; toutes lesquelles sommes montent à celle de 45000 liv. Si ces marchandises ont été toutes chargées sur le vaisseau *le Saint-Joseph*, les assureurs ne courent pas les risques de la somme entiere de 45000 liv. qu'ils ont assurée: ils ne courent les risques que de celle de quinze mille livres, valeur des marchandises qui devoient, aux termes de la Police d'assurance, être chargées sur *le Saint-Joseph*, sur lequel elles ont été chargées, & à l'égard desquelles on ne s'est pas écarté de ce qui étoit porté par la Police. Mais ils ne courent pas les risques des trente autres mille livres, valeur des autres marchandises, à l'égard desquelles on s'est écarté de ce qui étoit porté par la Police, en les chargeant sur *le Saint-Joseph*, au-lieu qu'elles devoient l'être sur *le Triton* & sur *la Syrene*.

Le contrat d'assurance n'ayant pas, au moyen de cela, eu son exécution à l'égard des deux tiers des effets assurés, les assureurs rendront les deux tiers de la *prime*, à la réserve néanmoins du demi pour cent qu'ils doivent avoir par forme de dommages & intérêts de l'inexécution du contrat.

Tout ce que nous venons de dire, résulte de l'*art.* 32 du *Tit. des assurances*.

69. Si les vaisseaux *le Triton* & la *Syrene* sont péris, de même que *le*

*Saint-Joſeph*, les Marchands pourroient-ils prétendre que les aſſureurs doivent porter la perte des marchandiſes qui y devoient être chargées, & qu'ils ne ſont pas recevables à ſe plaindre de ce qu'elles l'ont été ſur un autre vaiſſeau; puiſque quand elles auroient été chargées ſur *le Triton* & la *Syrene*, ſur leſquels elles devoient l'être, elles ſeroient également péries? Non; car le contrat d'aſſurance a été réſolu de plein droit à l'égard de ces marchandiſes, auſſi-tôt qu'on s'eſt écarté de la loi du contrat, en les chargeant ſur un autre vaiſſeau que celui ſur lequel elles doivent être chargées: c'eſt pourquoi le ſort de ces vaiſſeaux eſt devenu indifférent.

70. Lorſque c'eſt du conſentement des aſſureurs que s'eſt fait le changement de vaiſſeau, il n'eſt pas douteux que le contrat d'aſſurance doit ſubſiſter, & que les aſſureurs ſont tenus des riſques de ce vaiſſeau, ſur lequel ils ont conſenti que les marchandiſes fuſſent chargées.

Pareillement, lorſque c'eſt par un cas de néceſſité, dans le cours du voyage, que les marchandiſes ont été chargées ſur un autre vaiſſeau; celui ſur lequel elles étoient chargées, s'étant trouvé hors d'état de ſervir, ſoit par un accident de mer, ſoit même par vétuſté, le contrat d'aſſurance continuera de ſubſiſter, & les aſſureurs continueront d'être tenus des riſques des marchandiſes qu'on a été obligé d'y charger.

71. Mais ſi c'eſt hors le cas de néceſſité que le changement de vaiſſeau ſe fait durant le cours du voyage, de l'ordre ſeul de l'aſſuré, ſans le conſentement des aſſureurs, les aſſureurs ſeront déchargés des riſques; & même en ce cas ils ne ſont pas obligés de rendre la *prime*, parce que le contrat ayant eu ſon exécution juſqu'à ce changement, & les aſſureurs ayant commencé de courir les riſques, la *prime* leur a été acquiſe. C'eſt ce qui réſulte de l'*art.* 27.

72. Un ſecond exemple de notre regle, eſt le changement de voyage ou de route. Les aſſureurs ſe chargent des riſques durant le voyage mentionné par la Police. Si le vaiſſeau fait autre voyage, les riſques, durant ce voyege, qui n'eſt point celui montionné par la Police, ne regardent pas les aſſureurs; ces riſques ne ſont pas ceux dont ils ſe ſont chargés.

C'eſt pourquoi ſi l'aſſuré, ſans le conſentement des aſſureurs, envoie ſon vaiſſeau en un lieu plus éloigné que celui porté par la Police, les aſſureurs, auſſi-tôt que le vaiſſeau eſt arrivé à la hauteur du lieu porté par la Police, ſont déchargés des riſques, & la *prime* leur eſt acquiſe. C'eſt la déciſion de l'*art.* 36.

73. Le ſimple changement de route, lorſqu'il eſt fait ſans le conſentement des aſſureurs, & ſans néceſſité, ſuffit pour décharger des riſques les aſſureurs.

C'eſt pourquoi lorſque l'aſſurance eſt faite pour un voyage que le vaiſſeau doit faire à tel lieu, par telle route; ſi le vaiſſeau, ſans néceſſité, change de route, quoique pour aller au même lieu, les aſſureurs ne ſeront pas tenus des riſques que courra le vaiſſeau dans ce changement de route, ſuivant l'*art.* 27.

Il en ſeroit autrement ſi ce changement de route s'étoit fait par néceſſité, *putà* pour éviter des Corſaires. C'eſt alors le cas de l'*art.* 26; Voyez-*ci-deſſus*.

74. Lorſque par la police il y a une clauſe, qu'il ſera permis au maître

du vaisseau *de naviger à droite & à gauche, de faire échelles, aller & revenir*; cette clause permet bien à l'assuré de se détourner de la route, pour toucher à quelque port, étant à droite ou à gauche, pour y décharger des marchandises, & en charger d'autres à la place, qui tiendront lieu de remplacement de celles qui auront été déchargées; d'aller & revenir d'un port à l'autre, même en rétrogradant, de maniere que le navire revienne à sa route pour se rendre à la destination exprimée par la police; mais elle ne lui permet pas de changer entiérement de voyage: c'est pourquoi nonobstant cette clause, les assureurs seroient déchargés, s'il faisoit un autre voyage.

## ARTICLE III.

### *Des autres choses qui sont de l'essence du Contrat d'Assurance.*

### §. I.

### *De la somme que les Assureurs s'obligent de payer, en cas de perte des choses assurées.*

75. Il est de l'essence du contrat d'assurance, qu'il y ait une somme que les assureurs s'obligent de payer en cas de perte des choses assurées.

Cette somme est ordinairement fixée par la police d'assurance; cette fixation n'est pas néanmoins de l'essence du contrat; & les assureurs pourroient s'obliger à payer, en cas de perte des choses assurées, le prix qu'elles valoient, suivant l'estimation qui en seroit faite.

76. Cette somme ne doit pas excéder la véritable valeur des choses assurées; ce qui est une suite d'un principe que nous avons déja rapporté, qu'on ne peut faire assurer qu'autant qu'on risque de perdre. C'est pourquoi si les marchandises sont de valeur de dix mille livres; comme je ne puis courir risque en les perdant, que de perdre dix mille livres, je ne puis les faire assurer pour une plus grande somme.

Lorsqu'on a fait assurer des choses pour une somme qui excede leur valeur, il faut distinguer, si celui qui les a fait assurer, l'a fait sciemment, ayant connoissance de leur valeur; ou s'il l'a fait sans fraude, dans l'ignorance où il étoit de leur valeur.

Au premier cas, l'Ordonnance prononce la peine de la nullité de l'assurance, & de la confiscation des marchandises. C'est de ce cas qu'on doit entendre l'*art.* 22; qui dit: « défendons de faire assurer des effets au-delà de leur juste » valeur, par une ou plusieurs Polices, à peine de nullité de l'assurance, & de » confiscation des marchandises. »

Si un Marchand qui avoit sur un vaisseau des marchandises de la valeur de 45000 livres, les a fait assurer par un premier contrat, jusqu'à la concurrence de 15000 liv.; par un second, jusqu'à la concurrence de 20000 liv., & a fait assurer par un troisieme contrat ce qui lui restoit à assurer, qu'il a déclaré être de la valeur de trente mille livres; les deux premiers contrats doivent subsister, étant faits pour des sommes qui n'excedent pas la valeur des

effets assurés ; il n'y a que le troisieme qui est nul, étant fait pour une somme de 30000 liv., pendant que ce qui restoit à assurer, ne montoit qu'à dix mille livres ; & pareillement la confiscation ne doit avoir lieu en ce cas que jusqu'à concurrence de cette somme de dix mille livres.

77. Au second cas, lorsqu'un Marchand a fait assurer ses marchandises pour une somme au-dessus de la valeur, sans fraude, & dans l'ignorance où il étoit de leur valeur, l'assurance n'est pas entiérement nulle ; elle est seulement réductible à la somme de la véritable valeur des effets assurés.

C'est ce qui est décidé par l'*art.* 23. Il est dit : « si toutefois il se trouve une » Police faite sans fraude, qui excede la valeur des effets chargés, elle subsis- » tera jusqu'à concurrence de leur estimation : & en cas de perte, les assureurs » en seront tenus chacun à proportion des sommes par eux assurées ; comme » aussi de rendre la *prime* du surplus, à la réserve du demi pour cent. »

*Finge* ; Un Marchand qui avoit un vaisseau ou chargement, qui n'étoit que de valeur de 45000 liv., l'a fait de bonne foi, par un même contrat, assurer pour une somme de 60000 liv. par trois assureurs, dont on a promis d'en payer moitié, & les deux autres, chacun un quart. Par l'estimation qui a été faite depuis le contrat, les marchandises ne s'étant trouvées monter qu'à la somme de 45000 liv., & le vaisseau étant péri, l'assurance sera réduite à la somme de 44000 liv., qui sera payée pour moitié par celui des assureurs qui avoit assuré pour moitié, & par les deux autres pour chacun un quart ; & comme l'assurance se trouve réduite aux trois quarts de la somme assurée, les assureurs ne retiendront que les trois quarts de la *prime*, & rendront l'autre quart, sous la réserve néanmoins de demi pour cent de la somme de 15000 liv. qui a été retranchée de l'assurance.

Si le Marchand avoit fait assurer son chargement par plusieurs contrats ou polices ; sçavoir, par une premiere police pour 15000 liv. ; par une seconde pour 20000 liv., & enfin par une troisieme pour 25000 liv., lesquelles trois sommes font celle de 60000 liv. ; & que par l'estimation, les choses assurées se trouvent être seulement de la valeur de 45000 liv., les deux premieres polices subsisteront en leur entier. Il n'y a que la troisieme qui souffrira réduction des trois cinquiemes, ayant été faite pour 25000 liv., au lieu de la somme de dix mille livres, pour laquelle seulement elle peut valoir, la valeur de ce qui restoit à assurer ne montant qu'à cette somme : il n'y aura, par la même raison, que la prime de cette troisieme police qui souffrira une réduction des trois cinquiemes. C'est ce qui résulte de l'*art.* 25.

C'est pourquoi dans cette espece, en cas de cette perte totale des effets assurés, le premier assureur payera en entier la somme entiere de 15000 liv. de son assurance ; le second, la somme entiere de 20000 liv. de la sienne, qui font 35000 liv. ; le troisieme ne sera tenu de payer que celle de 10000 liv., à quoi monte le restant de la valeur des effets assurés.

Si la perte n'a été que d'une partie des effets assurés, comme de la moitié ou du tiers, elle sera portée *au marc la livre* par les trois asureurs, c'est-à-dire, que le premier payera à l'asuré la moitié ou le tiers des 15000 liv., montant de son asurance ; le second, la moitié ou le tiers des 20000 liv. ; & le troisieme la moitié ou le tiers de la somme de dix mille livres, à laquelle a été réduite son asurance. C'est ce qui résulte de l'*art.* 25.

78. Celui qui a fait asurer ses effets pour une somme au-delà de leur valeur, est (dans le doute) présumé l'avoir fait de bonne foi, & par ignorance: car la fraude ne se présume pas. C'est aux asureurs, lorsqu'ils l'alléguent, & qu'ils demandent en conséquence la nullité de l'asurance, à la justifier.

79. Lorsque le chargement a été asuré pour une somme au-dessous de sa valeur, & que cette asurance a été faite indéterminément, les risques se partagent entre l'asureur au prorata de la somme qu'il a asurée, & l'asuré pour le surplus.

Par exemple, j'ai fait asurer une somme de 45000 liv. dans un chargement que j'ai, qui est de valeur de 60000 liv.; s'il arrive une perte de 2000 liv., l'asureur en portera les trois quarts, & moi le quart; car l'asurance n'ayant pas été faite sur certains effets déterminés du chargement, mais indéterminément, il n'y a aucune raison pour attribuer la perte de ceux qui sont péris, à l'un de nous plutôt qu'à l'autre, à la partie asurée plutôt qu'à celle qui restoit à asurer.

80. *Quid*, si avant que cette perte fût arrivée durant le cours du voyage, j'avois retiré du vaisseau des effets pour les quinze mille livres qui restoient à asurer, & que je n'en eusse laisé que pour la somme de 45000 liv. qui est asurée, l'asureur en courroit-il seul les risques? Il n'y a pas lieu à la question dans le cas de la perte totale du chargement: il est dans ce cas indifférent à l'asureur que l'asuré ait retiré, ou non, la partie du chargement qui n'est pas asurée, puisque dans le cas d'une perte totale, soit qu'il l'eût retirée, soit qu'il ne l'eût pas retirée, l'asureur devroit toujours la même somme de 45000 liv. Il y a lieu à la question, dans le cas des pertes particulieres, & avaries; l'asureur a intérêt, pour ne les pas supporter seul, que la partie non asurée reste dans le vaisseau, afin de partager ces pertes & avaries avec l'asuré, ou avec un second asureur, à qui l'asuré auroit fait asurer cette partie qui restoit à asurer.

Cet intérêt qu'a l'asureur, que la partie qu'il n'a pas asurée, reste dans le vaisseau, lui fournit-il un moyen suffisant pour soutenir que dans le cas auquel l'asuré l'a retirée du vaisseau, il ne doit supporter les pertes & avaries survenues depuis, que pour la même part qu'il les auroit supportées, si cette partie n'eût pas été retirée. Vaslin sur l'*art.* 36, tient la négative. La raison est, que ce n'est qu'*ex accidenti* que l'asureur eût partagé les pertes & avaries avec l'asuré, si la partie qu'il n'a pas asurée fût restée dans le navire; l'asuré n'est pas obligé envers lui de l'y laisser, & il ne s'est pas interdit la faculté de débiter partie de ses marchandises, dans le cours de son voyage dans les ports où le navire relâcheroit. L'asureur n'est donc pas fondé à refuser de porter seul les pertes & avaries survenues depuis, lorsqu'il n'y avoit plus dans le vaisseau que la partie asurée. J'ai néanmoins entendu faire à cet égard une distinction qui m'a paru assez plausible: lorsque, c'est dans le cours du voyage, & pour l'intérêt de son commerce que l'asuré a retiré une partie de ses marchandises, pour les débiter dans les ports où le navire relâchoit, l'asureur ne peut pas s'en plaindre, & la décision de M. Vaslin doit avoir lieu. Mais si le navire étant prêt à arriver au port de sa destination, l'asuré avoit fait décharger une partie de ses marchandises, dans la vue uniquement de soustraire au

danger

danger des avaries qu'il y avoit lieu de craindre, la partie non-aſsurée, & de faire tomber en entier ces avaries ſur la partie aſsurée; en ce cas on pourroit dire que l'aſsureur ne doit porter dans l'avarie que la même part qu'il eût portée, ſi la partie qui a été retirée fût reſtée dans le navire, l'aſsuré n'ayant pas dû préférer ſon intérêt à celui de l'aſsureur.

## §. II.

### *De la Prime.*

81. La quatrieme choſe qui eſt de l'eſsence du contrat d'aſsurance, eſt qu'il y ait quelque choſe que l'aſsuré donne, ou s'oblige de donner à l'aſsureur pour le prix des riſques dont il le charge. C'eſt ce qui s'appelle dans le contrat d'aſsurance maritime, *la prime d'aſſurance.*

Elle eſt appellée *prime*, parce qu'elle ſe payoit *primò* & avant tout, même avant que le départ du vaiſseau eût fait commencer les riſques. C'eſt ce qui eſt porté par l'*art. 6 du Titre des Aſſurances*, où il eſt dit: *La prime ou coût de l'aſſurance ſera payée en ſon entier lors de la ſignature de la Police.*

Néanmoins depuis, l'uſage a prévalu de ne la plus payer comptant; on la paie ordinairement en un billet qu'on appelle *billet de prime*, payable à une certaine échéance.

Il eſt d'uſage que cette *prime* conſiſte en une ſomme d'argent, dont les parties conviennent entre elles, à raiſon de tant pour cent de la ſomme aſsurée.

Quelquefois on convient d'une ſomme pour chacun mois que durera le voyage, & quelquefois d'une ſeule ſomme pour tout le temps du voyage.

Quelquefois lorſqu'on fait aſsurer, tant pour le voyage que pour le retour; on convient d'une ſomme pour le voyage, & d'une pour le retour. Quelquefois on convient d'une même ſomme, tant pour le voyage que pour le retour, ce qui s'appelle une *prime liée*, c'eſt-a-dire, qui lie & réunit en une, celle pour l'aller, & celle pour le retour.

82. La *prime* pour être équitable, doit être le juſte prix des riſques dont l'aſsureur ſe charge par le contrat: mais comme il n'eſt pas facile de déterminer quel eſt ce juſte prix, on doit donner à ce juſte prix une très-grande étendue, & réputer pour juſte prix celui dont les parties ſont convenues entre elles, ſans que l'une des parties puiſse être écoutée à alléguer à cet égard la léſion.

83. La *prime* étant le prix des riſques dont l'aſsureur ſe charge, il eſt évident qu'elle doit être plus ou moins conſidérable, ſuivant qu'il y a plus ou moins de riſques dont l'aſsureur ſe charge, & ſuivant qu'ils doivent durer plus ou moins long-temps.

C'eſt pourquoi, comme les aſsureurs courent beaucoup plus de riſques en temps de guerre, qu'en temps de paix, la *prime* dont on convient en temps de guerre, eſt beaucoup plus conſidérable que celle dont on convient en temps de paix.

Mais lorſque le contrat a été fait en temps de paix, pour une *prime* très-modique, ſans aucune clauſe d'augmentation de *prime*, en cas de ſurvenance de

guerre, les asureurs sont-ils fondés, la guerre étant survenue, à demander une augmentation de *prime*? Cette question a été très-souvent agitée dans les différens Parlemens, au commencement de la derniere guerre. Les raisons pour refuser l'augmentation de *prime* étoient, que dans tous les contrats on n'a égard qu'au prix que la chose, qui en étoit l'objet, valoit au temps du contrat, & non à celui qu'elle a valu depuis. Par exemple, dans un contrat de vente, lorsque j'ai acheté une chose pour le prix qu'elle valoit au temps du contrat, quoique par des circonstances imprévues, le prix de cette chose soit triplé, ou même décuplé depuis le contrat, le vendeur n'est pas fondé à me demander aucune augmentation de prix; de même dans un contrat d'asurance fait en temps de paix, l'asureur s'étant chargé pour le prix convenu alors, de tous les risques auxquels mes effets pouvoient être exposés, dans lesquels sont compris, suivant l'article 26, ceux auxquels le cas d'une survenance d'une déclaration de guerre pourroit les exposer, quoique le prix des risques de la guerre soit, depuis le contrat, considérablement augmenté, au moyen de ce que la guerre est devenue certaine, il semble que l'asureur n'est pas pour cela fondé à demander une augmentation; parce que ces risques de la guerre, dont il est chargé par le contrat, ne doivent pas s'estimer eu égard au prix qu'ils valent depuis le contrat, ni dans un temps auquel la guerre est devenue certaine; mais seulement eu égard au prix que ces risques valoient au temps du contrat, dans le temps auquel la guerre étoit un événement incertain & inattendu. En conséquence de ces principes, les asureurs Anglois, qui, avant les hostilités, avoient asuré pour une *prime* modique plusieurs de nos navires, & plusieurs effets de nos Commerçans, ne firent aucune difficulté de payer le prix de leur asurance, pour les navires & effets qui depuis les hostilités furent pris par les corsaires de leur nation; & ils ne demanderent aucune augmentation de *prime*. C'est ce qui m'a été certifié par un Commerçant du Havre. Nonobstant ces raisons, l'Amirauté du Palais s'est déterminée à accorder aux asureurs une augmentation de *prime*, proportionnée à l'augmentation des risques causés par la guerre, quoique les polices faites en temps de paix fussent pures & simples; & les Sentences de ce Siege ont été sur ce point confirmées par Arrêt, toutes les fois qu'il y en a eu appel. Les raisons sur lesquelles on s'est fondé, sont évidentes. Il étoit d'une nécessité absolue & indispensable, pour l'intérêt du commerce maritime, de prévenir & d'empêcher la ruine des asureurs, & des Chambres d'asurance, qui auroit été infaillible, si on ne leur eût pas accordé cette augmentation de *prime*. Ces asureurs, dans la sécurité que leur donnoit la paix, ayant asuré purement & simplement, & pour des *primes* très modiques, un grand nombre de navires & d'effets, les prises que la guerre ne pouvoit manquer de rendre très-fréquentes, les auroit infailliblement ruinés, si on ne leur eût accordé, par une augmentation de *prime*, un dédommagement, qu'ils ne pouvoient pas trouver dans la modicité des *primes* portées par leurs polices d'asurances. Ce cas est un de ceux dans lesquels on doit s'écarter de la rigueur des principes: *æquitas Juris scrupulositati præponderare debet.*

84. Les hostilités que commirent les Anglois avant la déclaration de la derniere guerre, donnerent lieu à une autre question: on sçait que ces hostilités commencerent le 8 Juin 1755, par la prise des vaisseaux du Roi, le *Lys*

& l'*Alcide ;* qu'elles continuerent depuis, & que la guerre ne fut déclarée qu'au mois de Juin 1756. La queſtion étoit de ſçavoir, ſi ces hoſtilités avoient pu, avant la déclaration de guerre, donner lieu à l'augmentation de *prime* qui étoit ſtipulée par les polices en ces termes, *en cas de guerre*, ou même en ces termes, *en cas de déclaration de guerre ?* La raiſon de douter étoit qu'il n'y a proprement de guerre, ni même d'hoſtilités proprement dites, que lorſqu'elles ont été précédées d'une déclaration ſolemnelle de guerre : ſans cela ce ſont pures violences & voies de fait ; ce ſont *pirateries*, dont les aſſureurs ſont toujours garans : *Hoſtes ſunt quibus bellum publicè populus Romanus decrevit, vel ipſi populo Romano ;* L. 24, ff. *De capt. & poſtlim.*

La raiſon de décider que le cas de ces hoſtilités devoit être cenſé renfermé dans ces clauſes, eſt que la déclaration de guerre eſt requiſe, à la vérité, pour rendre les hoſtilités légitimes ſelon le droit des gens : mais qu'elles aient été légitimes ou non, précédées ou non d'une déclaration de guerre, elles n'en étoient pas moins, dans le fait, des hoſtilités. Or le cas qu'ont eu en vue les contractans, dans la clauſe d'augmention de prime, *en cas de guerre*, eſt le ſeul fait d'hoſtilités qui ſe commettent en guerre, & non leur légitimité, étant choſe fort indifférente par rapport au contrat d'aſſurance, que ces hoſtilités ſe commettent d'une façon réguliere ou irréguliere. Ces hoſtilités ſont dans l'intention des contractans, un commencement de guerre ; & par conſéquent ſont renfermées dans la clauſe *en cas de guerre*. Elles le ſont même dans la clauſe *en cas de déclaration de guerre* ; car ces hoſtilités ſont, dans le fait, une déclaration de guerre, & celles que les Parties contractantes avoient en vue.

C'eſt ce qui a été jugé par un grand nombre d'Arrêts, & entr'autres par un Arrêt de la premiere Chambre des Enquêtes, confirmatif d'une Sentence de l'Amirauté du Palais du 16 Mars 1761, au profit de la premiere Chambre des Aſſurances de Paris, contre le ſieur Paſcaud, député du Commerce de la Rochelle. Ce particulier avoit fait aſſurer des marchandiſes ſur quatre vaiſſeaux différens : il y avoit clauſe par les Polices, qu'*en cas de déclaration de guerre*, la prime ſeroit augmentée au cours de la place.

Les vaiſſeaux ſur leſquels étoient les marchandiſes aſſurées, s'étoient trouvés en mer le 8 Juin 1755, jour auquel les hoſtilités avoient commencé ; & ils étoient tous arrivés heureuſement à leur deſtination avant la déclaration de guerre ; ſçavoir, l'un dès le 21 Juin 1755, les autres le 12 Juillet, le 15 Août & le 17 Septembre de la même année. Il fut jugé par cet Arrêt, que les hoſtilités commencées le 8 Juin, avoient donné lieu à l'augmentation de *prime*, ſtipulée par les polices d'aſſurance, & on l'a fixée à 25, 30 & 35 pour cent, ſelon les différens riſques auxquels avoient été expoſés les différens vaiſſeaux ſur leſquels étoient les marchandiſes aſſurées. Le Magiſtrat, au rapport de qui a été rendue la Sentence, confirmée par l'Arrêt, a eu la bonté de me communiquer tout ce détail.

85. *Quid*, ſi la Police qui contient une clauſe d'augmentation de *prime* en cas de déclaration de guerre, n'avoit été faite que depuis le commencement des hoſtilités, pourroit-on dire, que le cas d'une condition devant être un cas futur, le cas de cette clauſe ne pouvoit être entendu que du cas d'une ſolemnelle déclaration de guerre, & non pas du ſimple fait des hoſtilités,

puisqu'ayant été commencées dès avant la date de la Police, elle n'étoient pas un cas futur, & ne pouvoient par conséquent être le cas de la condition? On a jugé, que même dans ce cas la clause d'augmentation de prime *en cas de déclaration de guerre*, ne devoit pas être entendue du cas d'une solemnelle déclaration, qui est une chose indifférente aux parties contractantes; mais du cas de la continuation des hostilités. Ce cas étoit un cas futur & incertain, qui a pu être l'objet de la clause, parce qu'au temps de la police, on pouvoit encore espérer que les Puissances s'arrangeroient, & que les hostilités ne contineroient pas: c'est ce qui été jugé par Arrêt rendu à l'Audience de la Grand'Chambre le 9 Août 1756, au profit de la deuxieme Compagnie d'Assurance de Paris, contre le sieur des-Aunois, Négociant à Dunkerque. La Police d'assurance étoit du 23 Juillet 1755, & par conséquent depuis les hostilités commencées; on y avoit stipulé une *prime* de paix de quatre pour cent, & une de vingt-cinq pour cent, en cas de déclaration de guerre: le vaisseau fut pris le 18 Septembre 1755, par conséquent avant la déclaration de guerre, qui ne se fit qu'en 1756; le sieur des Aunois ne laissa pas d'être condamné au paiement de la *prime* de vingt-cinq pour cent, stipulée *en cas de déclaration de guerre.*

86. Il nous reste la question de sçavoir, si lorsque la Police a été faite en temps de guerre, le retour d'une paix imprévue doit donner lieu à une diminution de la *prime*? Les raisons que nous avons rapportées *suprà*, *n.* 83, pour refuser l'augmentation de *prime*, dans le cas de survenance de guerre, paroissent militer ici pour refuser la diminution de *prime* en cas de survenance de paix; & les raisons qui les contrebalançoient, & qui ont empêché qu'on n'y eût égard, ne paroissent pas militer de même ici.

Néanmoins à la paix de 1748, dont le retour fut très-imprévu, le Roi jugea à propos, par les Arrêts du Conseil du 16 Janvier 1748, & du 28 Janvier 1749, cités par *Vaslin*, d'ordonner une modération des *primes* des contrats faits durant la guerre.

Observez que cette modération de *prime*, ne peut avoir lieu, qu'eu égard à ce qui restoit des risques à courir lors de la survenance de la paix; & qu'on ne peut refuser de payer aux assureurs les risques qu'ils ont courus pendant la guerre, sur le pied de la *prime* de guerre. Sur l'obligation de payer la *prime*, Voyez *infrà*, *chap.* 3, *sect.* 2.

## §. III.

### *Du Consentement.*

87. Le consentement des Parties contractantes, sur toutes les choses qui composent la substance du contrat, est de l'essence du contrat d'assurance, de même que de tous les autres contrats.

Il doit donc intervenir sur les choses qu'on fait assurer, qui sont la matiere du contrat; sur la somme pour laquelle on les fait assurer; sur les risques dont on charge l'assureur; sur la *prime*, qui est le prix de l'assurance.

# CHAPITRE II.

*Des perſonnes entre leſquelles intervient le contrat d'Aſſurance; & de la forme de ce contrat.*

## SECTION PREMIERE.

*Des perſonnes entre leſquelles intervient le contrat d'Aſſurance.*

91. IL n'y a que les perſonnes capables de contracter, qui peuvent être parties en leur nom, dans un contrat d'aſſurance; Voyez notre *Traité des Obligations, part. 1, chap. 1, ſect. 1, art. 4.*

Les mineurs, qui ſont Marchands de profeſſion, étant capables de contracter pour les affaires de leur commerce, il n'eſt pas douteux qu'ils peuvent être parties dans un contrat d'aſſurance pour faire aſſurer les effets de leur commerce.

Ils peuvent y être auſſi parties comme aſſureurs, s'ils font le commerce d'aſſureur.

92. Quoique le contrat d'aſſurance maritime ſoit un commerce, & que le commerce ſoit défendu aux Eccléſiaſtiques par les Canons, & aux Officiers de Judicature par les Ordonnances, les contrats d'aſſurance maritime que ces perſonnes auroient faits, ſoit pour faire aſſurer leurs marchandiſes, ſoit pour aſſurer celles des autres, ne laiſſent pas d'être valables. Ces perſonnes ſont ſeulement, en ce cas, ſujettes à des peines, comme de ſuſpenſion de leurs privileges, ou autres, pour leur contravention.

Ces perſonnes peuvent très-licitement faire aſſurer leurs propres effets qu'ils font revenir par mer des lieux où ils étoient; & ils ne peuvent être cenſés, en faiſant cela, faire aucun commerce.

93. A l'égard des Nobles qui ne ſont point Officiers de Judicature, ni Eccléſiaſtiques, ils peuvent licitement faire toutes ſortes de contrats d'aſſurance, le commerce de mer leur étant permis par l'Edit du mois d'Août 1669.

94. L'article 68 du *Titre des Aſſurances*, fait défenſes à tous Greffiers de Police (1), Commis des Chambres d'aſſurance, Notaires (2), Courtiers, Cenſaux (3), de faire aucunes Polices dans leſquelles ils ſoient intéreſſés directement ou indirectement, par eux-mêmes, ou par perſonnes interpoſées, & de prendre tranſport des droits des aſſurés.

La raiſon paroît être la même que celle pour laquelle il eſt défendu à tous Commiſſionnaires en général, de faire le même genre de commerce pour le-

(1) C'étoient des Officiers créés par un Edit de 1657, pour paſſer les Polices d'aſſurance.

(2) Des Villes où il y a des Chambres d'Aſſurance établies, qui paſſent, & s'entremettent à faire paſſer des Actes ou Polices d'aſſurance.

(3) Terme ſynonime à celui de *Courtier*, qui eſt uſité en Provence.

quel ils font la commiſſion, afin d'obvier aux fraudes & aux infidélités qu'ils pourroient commettre, en ſaiſiſſant pour eux les occaſions favorables qui ſe préſenteroient des marchés avantageux, au préjudice de ceux qui leur confient leurs intérêts.

L'Ordonnance ne prononce pas la nullité des contrats d'aſſurance que ces perſonnes feroient contre ſa défenſe; elle ne prononce que la peine d'une amende de 500 liv. pour la premiere fois, & de deſtitution de leur état, en cas de récidive.

L'Ordonnance défend à ces perſonnes, non-ſeulement de faire des contrats d'aſſurance, ſoit comme aſſureurs, ſoit comme aſſurés, par elles-mêmes, ou par perſonnes interpoſées: elle leur défend auſſi de prendre tranſport des droits des aſſurés. La raiſon eſt, que ce tranſport forme une préſomption, que ceux dont elles ſe font tranſporter les droits, n'ont été que leurs prête-noms dans le contrat, & que le contrat a été fait pour leur compte, contre la défenſe de la Loi.

95. Les contrats étant du droit des gens, on peut faire le contrat d'aſſurance maritime avec les étrangers, ſoit en leur faiſant aſſurer nos effets, ſoit en aſſurant les leurs. C'eſt ce qui eſt porté par l'article premier *du Titre des Aſſurances*: » Permettons à tous nos ſujets, MEME AUX ÉTRANGERS, d'aſſurer » & faire aſſurer dans l'étendue de notre Royaume, &c. »

Il ſembleroit que ce contrat ne devroit pas pouvoir intervenir entre *Ennemis*, puiſque les déclarations de guerre portent interdiction de tout commerce. Néanmoins le contraire s'obſerve: car durant le cours de la derniere guerre, les aſſureurs Anglois nous aſſuroient nos marchandiſes, & nous rendoient la valeur des priſes que nous faiſoient ceux de leur nation.

96. Non-ſeulement ceux à qui les marchandiſes appartiennent, & qui en ſont les propriétaires, mais tous ceux aux riſques deſquels elles ſont, peuvent les faire aſſurer. C'eſt pourquoi un aſſureur peut faire réaſſurer par d'autres les effets qu'il a aſſurés, & qui ſont à ſes riſques; *art.* 20. Et il n'importe que la *prime*, pour laquelle il les fait réaſſurer, ſoit plus ou moins forte que celle qu'il a reçue pour l'aſſurance; *art.* 21. C'eſt un gain que fait le premier aſſureur, ſi elle eſt moins forte; & c'eſt une perte qu'il fait, ſi elle eſt plus forte.

Il eſt évident que ce contrat de *réaſſurance* ne déſoblige pas le premier aſſureur, envers celui dont il a aſſuré les effets; il lui donne ſeulement un recours contre le ſecond aſſureur, pour être par lui acquitté.

97. L'aſſureur peut bien faire réaſſurer par un ſecond aſſureur, les effets qu'il a aſſurés, parce qu'ils ſont à ſes riſques; mais le propriétaire deſdits effets, qui les a déja fait aſſurer par un premier aſſureur, ne peut plus les faire aſſurer par un ſecond aſſureur, parce qu'ils ne ſont plus à ſes riſques; il peut ſeulement faire aſſurer la ſolvabilité de ſon aſſureur, & le coût de l'aſſurance, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 33, 34.

98. Dans le contrat d'aſſurance, nous contractons ou par nous-mêmes, ou le plus ſouvent par nos Commiſſionnaires.

Lorſque nos Commiſſionnaites contractent en notre nom, c'eſt nous qui contractons; & ſuivant les principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *chap.* 1, *ſect.* 1, *art.* 5, §. 5, il ſembleroit qu'il faudroit dire,

qu'ils ne font que nous preter leur miniſtere, & qu'ils ne contractent eux-mêmes aucune obligation, ſi cela n'eſt exprimé. Néanmoins comme les aſſureurs ne connoiſſent le plus ſouvent que les Commiſſionnaires, & ne connoiſſent point les Négocians, pour le compte deſquels le contrat ſe fait, l'uſage a prévalu, ſuivant que l'atteſte Vaſlin ſur l'*article 3*, que ces Commiſſionnaires ſont cenſés s'obliger auſſi tacitement en leur nom, conjointement & ſolidairement avec leurs commettans, qui contractent par leur miniſtere.

A plus forte raiſon doivent-ils être obligés en leur nom, lorſqu'ils ſont déſavoués par ceux au nom deſquels ils ont contracté.

De-là il ſuit que les Commiſſionnaires étant cenſés avoir tacitement contracté l'obligation de payer la *prime*, ils ne ſont pas déchargés, par la déclaration qu'ils font depuis le contrat, de la perſonne pour le compte de laquelle ils ont fait aſſurer.

## SECTION II.

### *De la forme du contrat d'Aſſurance maritime.*

99. Ce contrat, aux termes du Droit naturel, & pour qu'il oblige les parties dans le for de la conſcience, peut recevoir ſa perfection par le ſeul conſentement, ſur les choſes qui ſont la ſubſtance du contrat, ſans qu'il ſoit beſoin d'obſerver aucune forme.

Celles que l'Ordonnance preſcrit, *art. 2 & 3 du titre des Aſſurances*, concernent plutôt la preuve qui doit être faite de ce contrat, lorſqu'on en pourſuit l'exécution dans les Tribunaux, qu'elles ne ſont de ſa ſubſtance.

L'Ordonnance, *art. 2*, porte: *le Contrat appellé* POLICE D'ASSURANCE, *ſera rédigé par écrit.*

On peut faire ſur cet article deux queſtions. La premiere eſt de ſçavoir ſi cette forme que l'Ordonnance preſcrit par cet article, eſt requiſe pour la validité du contrat, ou ſeulement pour la preuve du contrat? Je penſe qu'elle n'eſt requiſe que pour la preuve du contrat; & que l'Ordonnance n'a voulu autre choſe, par cet article, ſinon que ce contrat, dans le cas auquel les parties en diſconviendroient, ne pût ſe prouver que par un acte par écrit, & que la preuve teſtimoniale n'en pût être admiſe. Les raiſons qui me portent à croire que cette forme que l'Ordonnance preſcrit, n'eſt que pour la preuve, & non pour la validité du contrat, ſont, 1°. que cette forme eſt abſolument étrangere à la ſubſtance du contrat; 2°. que l'Ordonnance ne la requiert pas, *à peine de nullité.*

De-là il ſuit que lorſque le contrat n'a pas été rédigé par écrit, & qu'en conſéquence il ne peut pas y en avoir de preuve, l'une des parties, peut, à défaut de preuve, déférer à l'autre le ſerment déciſoire ſur la vérité du contrat, & ſur les conditions du contrat.

100. La ſeconde queſtion eſt de ſçavoir, ſi la diſpoſition de cet article ne doit avoir lieu que dans le cas auquel l'objet du contrat excede la ſomme de cent livres? Vaſlin ſur cet article eſt d'avis de cette reſtriction; il penſe que cet article doit s'interpréter par l'Ordonnance de 1667, qui ordonne qu'il ſera fait des actes par écrit de toutes choſes dont l'objet excede cent livres; & qu'en

conséquence lorsque l'objet du contrat d'assurance maritime n'excede pas cent livres, la preuve testimoniale, à défaut d'écrit, en doit être admise, de même que de tous les autres contrats dont l'objet n'excede pas cent livres.

L'opinion contraire, qui est celle de l'ancien Commentateur, me paroît plus réguliere. Nous ne devons point suppléer dans une Loi une distinction qu'elle ne fait point; *ubi Lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* C'est pourquoi l'Ordonnance ayant dit en général, que *le contrat d'assurance sera rédigé par écrit*, sans distinguer, comme elle fait à l'égard des autres contrats par l'Ordonnance de 1667, si l'objet excédoit, ou non, cent livres, on doit penser qu'elle y a assujetti indistinctement tous les contrats d'asurance maritime, soit que leur objet excede ou n'excede pas cent livres. Si l'intention du Législateur n'eût été que d'assujettir ceux dont l'objet excéderoit cent livres, il eût été inutile d'en faire une disposition dans cette Ordonnance, puisque la Loi se trouvoit déja faite par celle de 1667.

101. On peut faire une troisieme question sur cet article, qui est de sçavoir si la preuve testimoniale d'un contrat d'asurance maritime, qui n'a pas été rédigé par écrit, peut être admise lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, de même qu'elle est admise en ce cas par l'Ordonnance de 1667, à l'égard de tous les autres contrats? J'aurois de la peine à l'admettre. L'Ordonnance ayant fait une disposition particuliere, pour la forme dans laquelle doit être rédigé le contrat d'asurance maritime, elle l'a tirée de la these générale des autres contrats. C'est pourquoi ce que l'Ordonnance de 1667 permet à l'égard des autres contrats, ne peut s'appliquer à celui-ci. L'Ordonnance de la Marine ayant, par cet article, asujetti absolument le contrat d'asurance à être rédigé par écrit, en a exclus & interdit toute autre preuve.

Nos décisions sur cette question & sur la précédente, sont conformes à l'avis d'un sçavant Magistrat, qui a l'expérience de ces matieres.

102. *Quid*, si l'une des parties alléguoit que le contrat a été rédigé par écrit, mais que l'acte a péri dans un incendie, ou par quelqu'autre accident? Il faudroit avoir recours, en ce cas, au regiſtre de l'asureur, tous les asureurs devant en avoir un. Mais si le regiſtre avoit aussi été envéloppé dans l'incendie? Je pense qu'en ce cas l'incendie, ou autre accident, étant avoué ou justifié, la partie pourroit être admise à la preuve du contrat: car on ne peut pas, en ce cas, lui imputer de n'avoir pas observé l'Ordonnance.

103. L'écrit que l'Ordonnance prescrit, peut être ou un acte pardevant Notaires, ou un acte sous signatures privées: l'Ordonnance, *art.* 2, permet expressément de le faire *sous signatures privées.*

Ces actes sont exempts de contrôle, quoique faits devant Notaires, suivant un Arrêt du 12 Août 1732, rapporté dans le Commentaire de *Vaslin.*

Il s'étoit glissé un abus à l'égard de ces actes; les Courtiers & Agens avoient des modeles imprimés de ces actes, dans lesquels il n'y avoit à remplir que les noms & qualités du vaisseau, des marchandises, la prime, & le nom des parties contractantes, & dans lesquels ils inséroient toutes les clauses qu'ils imaginoient pour favoriser leurs parties: les asureurs à qui on présentoit ces modeles à signer, ne s'informant que de la somme qu'on faisoit asurer, & du prix de la prime, les signoient sans faire attention aux clauses qui y étoient insérées;

insérées, & dont ils n'entendoient pas le sens ; ils se trouvoient par ce moyen soumis à des clauses désavantageuses, qu'ils n'avoient pas entendues. Pour remédier à cet abus, l'Amirauté du Palais a fait un Réglement très-sage, qui ordonne que toutes les clauses dérogatoires à quelqu'article de l'Ordonnance, ou extraordinaires, dans les polices d'assurances, y seroient écrites à la main ; & défend d'avoir égard à ces clauses, lorsqu'elles seront imprimées.

Il y a un autre Réglement très-sage du même Siege, du 18 Juillet 1759, qui fait défenses à tous Courtiers & Agens d'assurance, de mettre aucuns renvois sur les polices, qu'en présence & du consentement des parties, par lesquelles ils seront tenus de les faire parapher, lors & à l'instant de la passation de la police ; comme aussi de faire aucun *avenant* ( on donne ce nom aux clauses ajoutées aux polices ) auxdites polices, qu'à la suite d'icelles, ou par acte séparé, du consentement & en la présence des parties, lesquels avenans seront signés sur le champ par les parties, le tout à peine de nullité des renvois non paraphés, & avenans non signés, & de faux contre lesdits Courtiers & Agens.

104. L'*art.* 3 de l'Ordonnance, nous donne le détail de tout ce que doit contenir l'acte qu'on rédige du contrat d'asurance.

La Police contiendra, 1°. *les nom & domicile de celui qui fait assurer.*

2°. *Sa qualité de Propriétaire ou de Commissionnaire.*

3°. *Les effets sur lesquels l'Assurance sera faite ;* ce qui s'exprime ainsi ; la somme de tant, sur un chargement de tant de piéces, *v. g.* de toiles de Laval.

On doit sur-tout désigner par la police les marchandises du chargement qu'on fait assurer, qui sont sujettes à coulage, telles que sont les huiles, les vins & autres liquides ; c'est ce qui est porté par l'*article* 31. La raison est, que ces marchandises étant sujettes à plus de risques que les autres, les assureurs qui doivent avoir connoissance des risques dont ils se chargent, doivent être instruits combien il entre dans le chargement, de marchandises de cette espece. Faute de cette désignation dans la police, le contrat n'est pas pour cela entiérement nul ; toute la peine que prononce en ce cas l'Ordonnance, *art.* 21, est : que faute de cette désignation, l'assureur ne sera pas tenu des dommages que les tempêtes pourroient causer sur cette espece de marchandises.

Nous apprenons de *Vasin* que les parties dérogeoient à cet *article* 31, en stipulant par une clause particuliere de la police, que les assureurs *courront les risques sur les marchandises chargées sur le navire, sujettes au coulage ou non*, sans en faire d'autre désignation.

L'Ordonnance, *art.* 31, dispense de cette désignation les assurances qui se font sur le retour des pays étrangers. La raison est, que ceux qui font assurer le retour, ignorent le plus souvent quelles marchandises on leur enverra en retour.

105. 4°. *Le nom du vaisseau* : lorsqu'on fait assurer des marchandises qui partent sur un certain vaisseau, la police doit contenir le nom du vaisseau sur lequel elles sont chargées.

A l'égard des retours qu'on attend des pays étrangers ; comme souvent lorsqu'on les fait assurer, on ignore sur quel vaisseau ces retours sont ou se-

ront chargés, en ce cas la police porte qu'on assure ces retours, *sur quelque vaisseau qu'ils soient chargés.*

Lorsqu'on a assuré des marchandises qui partent sur un certain vaisseau, & qu'on s'est trompé sur le nom du vaisseau sur lequel elles sont chargées, auquel par erreur on a donné le nom d'un autre vaisseau, la police est nulle. Par exemple, si voulant assurer un chargement que j'ai sur le vaisseau l'*Alcide*, je fais avec des assureurs une police d'assurance, où il est dit, que ce chargement est sur le vaisseau *le Lys*, l'assurance sera nulle. Car en ce cas les assureurs ne courent les risques ni du vaisseau *le Lys*, puisque ce n'est pas sur ce vaisseau qu'est mon chargement; ni du vaisseau *l'Alcide* sur lequel est mon chargement, puisque ce vaisseau n'est pas celui qui est nommé par la Police, & dont ils ont entendu assurer le chargement.

Mais si l'erreur qui se trouve dans la Police sur le nom du vaisseau, est une erreur légere qui n'empêche pas de le reconnoître, cette erreur n'empêche pas le contrat d'être valable. C'est ce qui a été jugé par Arrêt du Parlement d'Aix du 2 Mai 1750, cité par *Vaslin*, dans l'espece d'un chargement assuré sur le brigantin *le Lion-Heureux*, désigné par la police sous le nom seulement du brigantin l'*Heureux*. En général *error nominis navis non attenditur quandò aliis conjecturis constat de identitate navis.* Cela est conforme à la décision de plusieurs Loix, qui disent, qu'*error nominis non nocet cùm de re constat.*

106. L'assurance seroit aussi nulle, si voulant faire assurer des effets que j'avois sur un pinke, ou une barque, j'avois par la police d'assurance donné à ce petit bâtiment le nom de *navire;* car quoique le terme de *navire*, dans la signification étendue, comprenne tous les bâtimens petits & grands qui navigent sur la mer, néanmoins en fait de contrats d'asurance, on n'entend par navires que les grands bâtimens qui sont à trois mâts; & l'asureur peut dire en ce cas qu'il entendoit asurer un navire, & qu'il n'eût pas voulu asurer une barque.

5°. *Le nom du* MAISTRE peut être absolument nécessaire lorsqu'il se trouve plusieurs vaisseaux du même nom, afin de désigner le vaisseau asuré, en le distinguant de ceux qui ont le même nom.

Hors ce cas, si le vaisseau étoit suffisamment connu & désigné sans le *nom du Maître*, je ne crois pas que l'omission du nom du maître dût annuller le contrat. Car quoique les asureurs aient quelqu'intérêt de sçavoir quel est le maître du vaisseau, du risque duquel ils se chargent, y ayant des maîtres dans lesquels ils peuvent avoir plus ou moins de confiance; néanmoins rien n'empêche que des asureurs puissent convenir de se charger des risques à courir sur un vaisseau, quel que soit le Capitaine qui le commande.

107. Mais si la police portoit le nom d'un autre Capitaine que celui qui commande le vaisseau, il y auroit plus lieu de soutenir que cette erreur rend nulle l'asurance; les asureurs peuvent dire qu'ils ne se sont portés à asurer que par la confiance de l'habileté du Capitaine nommé par la police; & qu'ils n'auroient pas voulu asurer, du moins au même prix, s'ils eussent sçu que que c'étoit un autre qui commandoit le vaisseau.

108. Cette disposition qui porte, que la police contiendra le nom du navire & celui du maître, est faite pour les chargemens qui se font en Europe. Mais lorsque j'attends des marchandises des pays éloignés, *putà* des *Echelles* du Levant, ou des côtes d'Afrique, qui doivent y être chargées pour de-là m'être envoyées en Europe, l'Ordonnance, *art.* 4, me permet de les faire assurer sur quelque navire qu'elles puissent être, sans désignation du navire, ni du maître, par la police. La raison est, que ceux qui ont des effets dans des pays éloignés, ignorent ordinairement par quel navire on les leur enverra, & encore plus par quel Capitaine. Or on ne peut être obligé à l'impossible.

L'Ordonnance veut seulement, par la fin de cet article, que la police en ce cas contienne le nom de la personne à qui les effets doivent être *consignés*, c'est-à-dire, adressés. Mais nous apprenons de *Vasslin*, que cela ne s'observe pas, parce que souvent nous ignorons aussi, lorsque nous les faisons assurer, à qui ils seront adressés.

109. *Le nom du lieu où les marchandises auront été, ou devront être chargées*, c'est-à-dire, du havre *d'où le vaisseau devra partir, ou sera parti.*

7°. *Des ports où il devra charger & décharger, & de tous ceux dans lesquels il devra entrer.*

110. 8°. *Le temps auquel les risques commenceront & finiront.* Il n'est besoin d'exprimer ce temps, que dans le cas auquel par une convention particuliere les parties ont voulu s'écarter en quelque chose de la disposition de l'*art.* 5 *du Tit. des Assurances*, & de l'*art.* 13 *du Tit. des Contrats à la grosse*, sur le temps des risques. Faute d'inférer cette convention dans la police, si les parties en disconviennent, le temps des risques se réglera suivant l'*art.* 13 *du Tit.* ci-dessus cité.

111 9°. *Les sommes qu'on entend assurer.*

10°. *La prime ou le coût de l'assurance.*

11°. *La soumission des parties aux arbitres.* Ceci n'est dit, que parce qu'il est d'usage que la police contienne cette soumission. L'Ordonnance n'a pas néanmoins prétendu y assujettir les parties, à peine de nullité ; elle suppose au contraire en l'*art.* 70, *du Tit. des Assur.* qu'il peut y avoir des polices qui ne contiennent pas cette soumission.

12°. *Et généralement toutes les autres conditions dont elles voudront convenir.*

Faute de cela, ces conditions, si les parties en disconviennent, seront réputées comme n'ayant pas été convenues, ne pouvant être justifiées que par la *police.*

112. L'Ordonnance ne requiert pas que l'estimation des marchandises qu'on fait assurer, soit faite par la police, parce qu'il est facile de la faire d'ailleurs par les factures & les livres. L'*art.* 64 suppose que souvent elle ne se fait pas par la police : mais suivant l'*art.* 8, » si l'assurance est faite sur le corps & quille du » vaisseau, ses agrès, apparaux, armement, & vituailles, l'estimation en sera » faite par la police ; sauf à l'assureur en cas de fraude, *&c.*

Néanmoins, si on avoit manqué à faire cette estimation par la police, l'assurance ne laisseroit pas d'être valable, comme l'observe *Vasslin* sur cet article : l'Ordonnance ne la prescrit pas à peine de nullité, & il y a lieu de penser qu'elle

n'en parle qu'*enunciativè*, parce qu'on ne manque pas ordinairement à faire cette estimation, & que le seul objet de la disposition de cet article, est de permettre aux assureurs la preuve de l'iniquité de l'estimation portée par la police, lorsqu'ils la soutiennent frauduleuse; chose dont on auroit pu douter, parce qu'ils paroissent avoir consenti cette estimation.

113. L'*art.* 9 prescrit la forme de la police, d'une espece particuliere d'assurance, qui est celle pour la liberté des personnes: il y est dit; » que ces polices » contiendront le nom, le pays, la demeure, l'âge & la qualité de celui qui se » fait assurer: » (tout ceci n'est requis que pour constater la personne qui s'est fait assurer; c'est pourquoi l'omission de quelqu'une de ces choses n'annule pas la police, lorsque la personne est d'ailleurs constante): » le nom du navire, du ha- » vre dont il doit partir, & celui de son dernier reste, (c'est-à-dire, du terme de sa navigation) » la somme qui sera payée en cas de reprise, tant pour la ran- » çon, que pour les frais du retour, à qui les deniers en seront fournis, & sous » quelle peine. » Sur les cas auxquels on auroit omis par la police quelqu'une de ces choses; Voyez *infrà*, *chap.* 3, *sect.* 1, *art.* 3.

114. Les *articles* 68 & 69 concernent aussi la forme des polices d'assurance; le 68 défend aux Officiers qui les passent, d'y laisser des blancs; à peine de tous dommages & intérêts; le 69 leur enjoint de les enrégistrer dans un régistre destiné pour cela, paraphé en chaque feuillet par le Lieutenant de l'Amirauté.

# CHAPITRE III.

## *Des obligations tant des Assureurs que des Assurés; & des actions qui en naissent.*

## SECTION PREMIERE.

### *Des obligations des Assureurs, qui naissent de la nature du contrat; & des actions qu'elles produisent.*

115. LEs assureurs contractent par le contrat d'assurance, deux especes d'obligations envers l'assuré.

La premiere, est de payer à l'assuré la somme assurée, portée par la police, en cas de perte totale, ou presque totale des choses assurées par quelqu'accident de force majeure, à la charge par l'assuré de leur faire l'abandon de ce qui peut rester des choses assurées, & de tous leurs droits par rapport auxdites choses.

La seconde, est d'indemniser seulement l'assuré des avaries arrivées par quelqu'accident de force majeure sur les choses assurées, ou par rapport auxdites choses.

On appelle *avaries*, dont les assureurs sont tenus, tous les dommages causés par quelqu'accident de force majeure aux choses assurées, quoiqu'il n'ait pas causé la perte totale, ou presque totale, & toutes les dépenses extraordinaires auxquelles quelqu'accident de force majeure a donné lieu, par rapport aux choses assurées.

Ce principe paroît réſulter de la généralité des termes de l'*art.* 26, qui charge les aſſureurs de toutes les pertes & dommages cauſés par des fortunes de mer. Il y en a qui prétendent que cet article ne les charge pas de toutes les dépenſes extraordinaires auxquelles les fortunes de mer & accidens de force majeure peuvent donner lieu, mais ſeulement des pertes & dommages cauſés dans les effets aſſurés; Voyez ce que nous en avons déja dit *ſuprà*, *n.* 49.

116. La faillite de l'aſſuré qui n'a pas payé la *prime* arrivée durant le temps des riſques, ne décharge pas de plein droit les aſſureurs de ces obligations; mais ils peuvent, durant le temps des riſques, s'en faire décharger, en demandant la réſolution du contrat, ſi mieux n'aiment l'aſſuré ou ſes créanciers, leur donner bonne & ſuffiſante caution pour le paiement de la *prime*; car il n'eſt pas juſte qu'ils courent les riſques, s'ils ne ſont aſſûrés d'en recevoir le prix.

Lorſque les aſſureurs n'ont aſſuré que le retour des marchandiſes, la faillite de l'aſſuré ne leur donne pas lieu de demander la réſolution du contrat; parce qu'ils ont une ſûreté ſuffiſante, par le privilege qu'ils ont ſur les marchandiſes pour le paiement de leur *prime*, en cas d'heureux retour; & en cas de perte, ils en font déduction ſur la ſomme aſſurée qu'ils doivent.

Outre ces deux eſpeces d'obligations, qui naiſſent de la nature du contrat d'aſſurance, il y en a d'autres qui naiſſent de la bonne foi qui doit régner dans ce contrat. Nous traiterons ſéparément de ces obligations.

## ARTICLE PREMIER.

### *De l'obligation de payer la ſomme aſſurée.*

117. La principale obligation que contractent les aſſureurs, eſt, comme nous l'avons dit, celle de payer la ſomme aſſurée, en cas de perte totale, ou preſque totale des choſes aſſurées.

De cette obligation naît une action perſonnelle qu'a l'aſſuré contre les aſſureurs, pour exiger d'eux le paiement de cette ſomme, à la charge par lui de leur faire l'abandon mentionné ci-deſſus.

Sur cette obligation, & ſur l'action qui en naît, nous verrons dans un premier Paragraphe, quelles ſont les cauſes qui y donnent ouverture. Nous verrons enſuite quelles ſont les choſes qui ſont préalables à cette action, telles que ſont la ſignification que l'aſſuré doit faire aux aſſureurs, de la nouvelle qu'il a eue de la perte des effets aſſurés, qui fera la matiere du ſecond Paragraphe. Le délaiſſement que l'aſſuré doit faire aux aſſureurs, fera celle du troiſieme. La déclaration que l'aſſuré doit faire de toutes les aſſurances qu'il a fait faire, & de l'argent qu'il a pris à la groſſe, ſur les effets aſſurés, fera la matiere du quatrieme. La ſignification des pieces juſtificatives de la quantité, & de la valeur des effets aſſurés, fera celle du cinquieme. Nous verrons dans le ſixieme, quelles ſont les exceptions que les aſſureurs peuvent oppoſer contre cette action. Nous traiterons dans le ſeptieme, de la condamnation qui intervient ſur cette action; du terme qu'ont les aſſureurs pour le paiement de la ſomme aſſurée; & des déductions qu'ils peuvent faire.

## §. I.

### *Quelles sont les causes qui donnent ouverture à cette obligation ; & de l'action qui en naît.*

118. Ce sont les accidens de force majeure qui causent une perte totale, ou presque totale des choses assurées, qui donnent ouverture à cette action & à l'abandon ou délaissement que l'assuré doit faire pour y être admis.

Nous apprenons de l'article 46, quels sont ces cas; il y est dit: « ne pourra » le délaissement être fait qu'en cas de prise, naufrage, bris, échouement, » arrêt de Prince, ou perte entiere des effets assurés; & tout autre dommage » ne sera réputé qu'avarie, qui sera réglée entre les assureurs & les assurés, à » proportion de leur intérêt. »

L'Ordonnance rapporte en premier lieu, la *prise du vaisseau.* Il est évident que c'est là un accident qui cause une perte totale des choses assurées, & qui donne ouverture à l'action.

Il n'importe que la prise soit juste ou injuste, & qu'il y ait quelque lieu d'en espérer en conséquence la restitution, car la perte n'en est pas moins née pour le présent, ce qui suffit pour donner ouverture à l'action; & les assureurs ne peuvent prétendre autre chose que le délaissement que l'assuré leur fera de ses droits, pour en poursuivre à sa place & à leurs risques la restitution.

119. L'Ordonnance rapporte ensuite les cas de *naufrage*, *bris* & *échouement*. De-là naît la question de sçavoir, si toutes les fois qu'il y a eu *naufrage*, ou *échouement*, il y a indistinctement ouverture à cette action, ou s'il n'y a ouverture à l'action, que dans le cas auquel ces accidens du naufrage ou échouement auroient causé une perte totale des effets assurés? Je crois que la seule & véritable cause qui donne ouverture à la demande de toute la somme assurée, est la perte totale, ou presque totale des effets assurés, qui arrivent par quelqu'accident de force majeure; & que les pertes & dommages de partie ne sont que des avaries, qui ne donnent lieu qu'à la seconde espece d'obligation. C'est pourquoi le *naufrage*, *l'échouement*, ainsi que les autres especes d'accidens de force majeure, mentionnés en cet article, n'y sont rapportés, comme les causes qui donnent ouverture à la demande de la somme assurée, que parce que ce sont les causes les plus ordinaires de la perte totale ou presque totale des effets assurés. Mais lorsque le naufrage ou l'échouement n'ont pas causé cette perte totale, ou presque totale, les effets assurés ayant été sauvés en grande partie, il n'y a pas lieu à la demande de la somme assurée; & l'assuré ne peut demander qu'un dédommagement, comme d'une simple avarie.

120. A l'égard du *bris*, quand c'est le vaisseau qui a été assuré, il est évident que lorsque ce vaisseau a été brisé sur une côte, où il a été jetté par l'impétuosité d'une tempête, ce bris étant une perte totale du vaisseau, donne lieu à l'action pour demander la somme assurée, à la charge par l'assuré de faire le délaissement des débris.

Cela doit s'entendre du cas auquel le vaisseau a été entiérement brisé. S'il n'avoit été qu'endommagé, & qu'il pût être radoubé; ce ne seroit qu'une avarie, & il n'y auroit pas lieu à cette action. Mais quoique le vaisseau n'ait

pas été entiérement briſé, & qu'il fût en état, avec un radoub, de continuer ſa route; ſi néanmoins dans le fait, faute de trouver ſur le lieu où il eſt échoué, les matériaux & les ouvriers néceſsaires, il n'a pu être radoubé, ni continuer ſa route, il y aura lieu à l'action pour demander la ſomme aſsurée, de même que ſi le vaiſseau eût été entiérement briſé; car c'eſt à une fortune de mer, dont les aſſureurs ſont garans, qu'on doit attribuer que le vaiſseau ſoit échoué en un lieu où on n'a pu le radouber.

Il y a plus de difficulté, lorſque le vaiſseau n'a pu être radoubé, que parce que le Capitaine n'avoit ni argent, ni crédit ſur le lieu, pour le faire radouber. Néanmoins M. Vaſlin penſe que même en ce cas, il y a ouverture à l'action pour demander la ſomme aſſurée, & qu'on doit encore attribuer à fortune de mer, que le vaiſseau ait été jetté dans un lieu où le Capitaine n'avoit pas de connoiſſances.

En cas de bris de vaiſseau, lorſque c'eſt le chargement qu'on a aſſuré, il n'y a ouverture à cette action, comme auſſi dans le cas d'échouement ſimple, que lorſque l'accident a cauſé une perte totale, ou preſque totale des marchandiſes. Si elles ont été ſauvées en grande partie, le dommage qu'a ſouffert l'aſſuré, n'eſt qu'une avarie, qui ne donne lieu qu'à la ſeconde eſpece d'obligation.

121. L'article de l'Ordonnance rapporte enſuite *l'arrêt du Prince;* ce qu'il faut entendre, ſuivant les diſtinctions expliquées *ſuprà*, *n.* 56, *& ſuiv.*

Enfin il ajoute, *ou perte entiere des effets aſſurés*, ce qui comprend tous les accidens de force majeure quels qu'ils ſoient, par leſquels *cette perte entiere* ſoit arrivée; *putà*, le feu, le pillage, &c.

Ces termes *de perte entiere*, ne doivent cependant pas être entendus rigoureuſement, & trop littéralement. Il y a, ſelon Vaſlin, *perte entiere des effets aſſurés*, non-ſeulement lorſque tous, ou preſque tous les effets aſſurés ont été pris, ou ont été perdus dans la mer; mais même lorſque leſdites choſes, quoique reſtées dans le vaiſseau, ou ſauvées à terre, ſont toutes, ou preſque toutes ſi conſidérablement endommagées, que leur valeur en ſoit diminuée de plus de moitié. Car on dit dans l'uſage de parler ordinaire, que des marchandiſes qui ſont auſſi conſidérablement endommagées, ſont des marchandiſes *perdues:* d'où il ſuit, que lorſque toutes, ou preſque toutes les marchandiſes aſſurées ſe trouvent en cet état, c'eſt une *perte entiere* que l'aſſuré ſouffre de ſes marchandiſes.

Il en ſeroit autrement, ſelon Vaſlin, ſi de trois ballots de marchandiſes qu'un marchand a fait aſſurer, il y en avoit deux de péris entiérement, & un reſte ſain & ſauf; il n'y a pas, en ce cas, ouverture à l'action pour demander la ſomme aſſurée. Car la perte que l'aſſuré a ſoufferte, eſt, à la vérité, une perte de la partie la plus conſidérable des marchandiſes aſſurées; mais on ne peut pas dire que ce ſoit *une perte entiere*, puiſqu'il reſte un ballot ſain & ſauf, ou peu endommagé, qui en eſt une partie conſidérable, quoique la moindre. L'aſſureur ne ſera donc tenu en ce cas, que de payer le prix des deux ballots qui ſont péris, & du peu de dommage cauſé au troiſieme, s'il y en a; mais il ne ſera pas obligé de payer la ſomme entiere qu'il a aſſurée, & d'accepter le délaiſſement des trois ballots.

122. Pour qu'il y ait ouverture à l'action qu'a l'aſſuré pour demander la

somme assurée ; & pour qu'il puisse l'intenter & faire son délaissement, il ne suffit pas que quelqu'un des accidens qui y donne ouverture, soit arrivé ; il faut qu'on en ait eu nouvelle.

Il y a néanmoins un cas auquel la seule présomption de la perte du vaisseau, donne ouverture à l'obligation de payer la somme assurée, & à l'action qui en naît, quoiqu'on n'ait eu aucune nouvelle de la perte, & même quoique le vaisseau ne soit peut-être pas péri.

Ce cas est rapporté en l'article 58, qui dit : « si l'assuré ne reçoit aucune » nouvelle de son navire, il pourra, apres l'an expiré, à compter du jour du » départ pour les voyages ordinaires, & après deux ans pour ceux de long » cours, faire son délaissement aux assureurs, & leur demander paiement, » sans qu'il soit besoin d'aucune attestation de la perte. »

Pour qu'il y ait lieu à la présomption de cet article, il faut non-seulement que l'assuré n'ait eu aucunes nouvelles de son navire, il faut que personne n'en ait eu ; si les assureurs en ont eu, ou s'ils peuvent justifier que d'autres personnes en ont eu, l'assuré sera débouté de sa demande.

123. Le temps *d'un an* ou *de deux ans*, dont le laps donne lieu à la présomption de cet article, se compte du jour du départ du navire, lorsqu'on n'a eu aucunes nouvelles du navire depuis son départ. Lorsqu'on en a eu, le temps ne se compte que du jour de la réception des dernieres nouvelles.

124. Il y a lieu à la présomption de cet article, quand même l'assurance auroit été faite pour un temps limité. L'assuré étant fondé sur la présomption de cet article dans sa demande de la somme assurée, les assureurs ne peuvent s'en défendre qu'en excipant que la perte du navire n'est arrivée qu'après l'expiration du temps porté par la police d'assurance ; mais c'est à eux à le justifier, suivant la maxime, *Incumbit onus probandi ei qui dicit ;* & suivant celle-ci, *Reus excipiendo fit actor.* Vasslin, sur cet article, rapporte un Arrêt du Conseil de 1749, qui a cassé deux Arrêts du Parlement de Provence, qui avoient jugé le contraire ; comme ayant jugé contre la disposition de cet article de l'Ordonnance.

125. L'article 59 nous apprend quels sont les voyages qui sont appellés *de long cours.* Il dit que ce sont ceux de France en Moscovie, Groenland, Canada, & autres côtes & isles de l'Amérique ; au Cap-verd, côtes de Guinée, & tous autres au-delà du Tropique.

L'Ordonnance du 18 Novembre 1740, répute voyages *de long cours*, tous ceux qui se font sur l'Océan, au-delà des détroits de Gibraltard & du Sund.

## §. II.

### *De la signification que l'Assuré doit faire aux Assureurs, de l'accident qui a causé la perte des effets assurés.*

126. L'accident qui a causé la perte des effets assurés, étant le fondement de la demande de la somme assurée, que l'assuré intente, ou se propose d'intenter contre les assureurs ; & tout demandeur étant obligé de fonder sa demande, c'est avec raison que l'Ordonnance, *art.* 24, prescrit cette formalité : » lorsque

« lorſque l'aſſuré aura eu avis de la perte du vaiſſeau ou des marchandiſes » aſſurées, de l'arrêt du Prince, & d'autres accidens, étant aux riſques des aſſu- » reurs, il ſera tenu de leur faire incontinent ſignifier, ou à celui qui aura » ſigné pour eux l'aſſurance, avec proteſtation de faire ſon délaiſſement en » temps & lieu. »

L'aſſuré peut faire cette ſignification, quand même l'avis qu'il a eu, ne ſeroit pas bien certain. Car quoique par la ſuite il ſe trouvât faux, il n'en réſulteroit rien, ſinon que la ſignification auroit été inutile.

127. L'Ordonnance dit, que l'aſſuré doit faire cette ſignification *incontinent*. Effectivement, la bonne foi l'oblige de ne rien laiſſer ignorer de ce qui concerne l'aſſurance aux aſſureurs. Néanmoins l'aſſuré n'eſt ſujet à aucune peine, faute d'avoir fait cette ſignification *incontinent*, ſi les aſſureurs n'en ont rien ſouffert; & il lui ſuffit de la faire par ſon exploit de demande.

128. L'aſſuré peut faire cette ſignification, quoiqu'il n'ait pas encore pris ſa réſolution ſur le parti qu'il aviſera, ou de demander la ſomme aſſurée, en délaiſſant les effets aſſurés, ou de donner une ſimple demande en dédommagement; & en ce cas, il fait cette ſignification avec proteſtation de faire ſon délaiſſement en temps & lieu; au moyen de quoi il demeure en ſon pouvoir de ne le pas faire, s'il trouve qu'il ne ſoit pas de ſon intérêt de le faire.

Cela n'empêche pas l'aſſuré de travailler au recouvrement des effets naufragés, en attendant qu'il ait pris ſon parti, ſauf à en compter aux aſſureurs, s'il fait le délaiſſement; *art.* 45.

129. Lorſque l'aſſuré eſt décidé à demander la ſomme aſſurée, & à faire ſon délaiſſement, il n'a pas beſoin de faire de proteſtation. Il peut, en ce cas, en ſignifiant aux aſſureurs la perte des effets aſſurés, faire en même temps, & par même charte ſon délaiſſement, & demander la ſomme aſſurée; *art.* 43.

130. Ces ſignifications peuvent ſe faire, ſuivant l'*art.* 24, à celui qui a ſigné l'aſſurance pour les aſſureurs, (c'eſt-à-dire, à leur prépoſé) auſſi-bien qu'aux aſſureurs.

Il y a à Marſeille un uſage particulier pour la forme de cette ſignification. L'aſſuré, auſſi-tôt qu'il a appris la perte de ſon vaiſſeau, ou des effets qu'il a fait aſſurer, ſe préſente à la Chambre du Commerce avec la lettre d'avis qu'il en a reçue, pour y faire la déclaration de ſa perte. Si la piece que l'aſſuré préſente, eſt reconnue ſuffiſante pour la conſtater, la Chambre du Commerce reçoit ſa déclaration; on enrégiſtre la piece ſur laquelle la déclaration eſt faite; on la paraphe; l'aſſuré préſente les polices; on y certifie au bas des ſignatures, la déclaration faite à la Chambre, & le jour qu'elle a été faite. Cette déclaration ainſi faite, tient lieu de ſignification, & l'aſſuré peut, trois mois après, ſur le certificat de cette déclaration, pourſuivre le recouvrement de la perte. Cet uſage qui eſt ſuivi à Marſeille, paroît s'écarter de la diſpoſition de l'Ordonnance, & je ne penſe pas que cette forme dût être admiſe ailleurs. L'Ordonnance ayant requis une ſignification, elle doit être faite juridiquement par un Huiſſier, à perſonne ou à domicile, & il n'y a que la reconnoiſſance que donneroit l'aſſureur qu'il a été averti de la perte, qui puiſſe équipoller à cette ſignification.

## §. III.

### *Du Délaissement.*

131. Pour que l'assuré puisse demander la somme assurée, lorsqu'il y a ouverture à l'action, il est préalable qu'il fasse signifier aux assureurs le *délaissement* qu'il leur fait de ce qui reste des effets assurés, & de tous ses droits par rapport auxdits effets.

Ce délaissement doit être de tout ce qui a été assuré par la police d'assurance. » On ne pourra faire délaissement d'une partie, & retenir l'autre; » *art.* 47.

Par exemple, si j'ai fait assurer par une même police d'assurance une somme de quinze mille livres sur un chargement que j'avois eu sur un tel vaisseau, consistant en un certain nombre de caisses de sucre de valeur de cinq mille livres, & en un certain nombre de caisses d'indigo de valeur de dix mille livres; que ce chargement ait péri par un naufrage, d'où on n'a pu retirer que quelques caisses de sucre & d'indigo, considérablement endommagées, je ne puis pas demander aux assureurs la somme de dix mille livres, valeur des indigos que j'ai fait assurer, aux offres de leur délaisser ce qui en a été sauvé, & retenir ce qui a été sauvé des sucres, en me réservant de me faire dédommager par eux de ce qui en est péri, & de ce qui est endommagé: mais je dois faire le délaissement de tout ce qui a été sauvé du chargement, tant des sucres que des indigos, & demander la somme entiere des quinze mille livres; ou sans rien délaisser, ne demander qu'un simple dédommagement, tant pour les indigos que pour les sucres.

132. Il en seroit autrement, si j'avois fait assurer ces effets par différens contrats, ou police d'assurance, quoique par les mêmes assureurs. Par exemple, si par une police d'assurance, je me suis fait assurer une somme de cinq mille livres pour un chargement de sucre sur un tel vaisseau de valeur d'autant, & par une autre police une somme de dix mille livres pour un chargement d'indigo sur le même vaisseau de valeur d'autant, il n'est pas douteux, en ce cas, que je puis demander la somme de dix mille livres, assurée par l'une de ces polices, en faisant le délaissement de tous les indigos, & retenir les sucres que j'ai fait assurer par l'autre police. Ce n'est pas, en ce cas, délaisser pour partie, & retenir pour partie, puisque je délaisse tout ce qui est contenu dans une police.

A plus forte raison, si je n'avois fait assurer que les indigos, & que je n'eusse pas fait assurer les sucres, ou que je les eusse fait assurer par d'autres assureurs; je ne serois obligé de délaisser que ce qui est resté des indigos, & je ne serois pas obligé de leur délaisser les sucres.

233. Lorsque je n'ai fait assurer que pour partie mon chargement, je ne suis obligé de faire le délaissement de ce qui en est resté, que pour cette partie. Par exemple, si j'ai fait assurer une somme de vingt mille livres sur un chargement de valeur de trente mille livres, qui est péri, je ne dois délaisser aux assureurs ce qu'on en pourra sauver, que pour les deux tiers; & je le partagerai avec eux pour un tiers. Ce n'est point, en ce cas, délaisser pour *partie*: c'est un délaissement total, puisqu'il est fait pour le total de la perte assurée; & que la partie que je retiens, est pour celle qui n'étoit pas assurée, dans laquelle les assureurs n'ont aucun droit, puisqu'elle n'étoit pas à leurs risques.

Cette décision a lieu non-seulement pour ce dont la valeur de mon chargement excédoit la somme assurée au temps du contrat, mais pour l'augmentation qui y est survenue. *Finge*, j'ai fait assurer une somme de quinze mille livres sur un chargement de marchandises, de valeur alors de pareille somme, sur un vaisseau qui devoit aller à Saint-Domingue, & passer par les côtes d'Afrique, pour y faire la traite. Si par la conversion de mes marchandises en Negres & en poudre d'or, la valeur de mon chargement est devenue de trente mille livres, & qu'ensuite il soit péri: pour pouvoir demander la somme assurée, je ne serai obligé de délaisser ce qui pourra être sauvé, que pour moitié. Car mon chargement étant devenu de valeur de trente mille livres, il n'étoit que pour moitié aux risques des assureurs, qui n'avoient assuré qu'une somme de quinze mille livres.

134. Les effets sauvés ne doivent être délaissés aux assureurs, qu'à la charge par eux de rembourser l'assuré, des frais qu'il a faits pour les sauver du naufrage, dont l'assuré doit être cru sur son affirmation, *art.* 45. Mais comme les assureurs ne sont tenus de ces frais, suivant ledit article, que *jusqu'à concurrence de la valeur des effets recouvrés*, les assureurs peuvent les laisser à l'assuré pour les frais.

135. En cas de *prise*, lorsque l'assuré a fait, sans le consentement des assureurs, une composition avec le Corsaire pour racheter ses effets, l'article 67 laisse au choix des assureurs, de prendre à leur profit la composition, ou de la rejetter.

Cet article dit: » les assureurs pourront prendre la composition à leur profit, » à proportion de leur intérêt; & en ce cas ils seront tenus d'en faire leur déclara- » tion sur le champ; de contribuer actuellement au paiement du rachat, & de » courir les risques du retour; sinon, de payer les sommes assurées, sans qu'ils » puissent rien prétendre aux effets rachetés. »

Au premier cas, lorsque les assureurs prennent le parti de prendre à leur profit la composition, il n'y a pas lieu à la demande de la somme assurée: les assureurs sont seulement tenus de contribuer au prix du rachat, à proportion de l'intérêt qu'ils y ont; & ils continuent d'être chargés des risques du retour du vaisseau, sans qu'ils puissent, en cas de malheureux événement qui arriveroit par la suite, faire sur la somme assurée, aucune déduction, ni imputation de la somme qu'ils ont payée pour le rachat.

*Finge:* un armateur a fait assurer une somme de 50000 livres sur un vaisseau, lequel (la cargaison comprise) est de valeur de cinquante mille écus. Ce vaisseau est pris, & le Corsaire, moyennant une rançon de vingt-cinq mille écus que lui paie l'armateur, relâche le vaisseau avec toute sa cargaison. Si les assureurs veulent prendre à leur profit cette composition, l'assuré ne pourra pas leur demander la somme de 50000 livres qu'ils ont assurée. Il suffira à ces assureurs qui ont assuré une somme de 50000, qui est le tiers de la valeur du vaisseau, sa cargaison comprise, & qui y ont par conséquent un intérêt d'un tiers, de rendre présentement à l'armateur la somme de vingt-cinq mille livres, qui est le tiers de celle qui a été payée pour le rachat du vaisseau & de sa cargaison. Et si le vaisseau, avant son retour, étoit encore pris ou péri, les assureurs qui continuent en ce cas d'être chargés des risques, seroient tenus de payer la somme de 50000 livres qu'ils ont assurée, sans pouvoir rien retenir de celle de 25000 livres qu'ils ont payée pour le rachat.

Ce qui est dit par l'article 67, que les assureurs doivent contribuer *actuellement* au paiement du rachat, doit s'entendre du cas auquel le Corsaire n'auroit pas accordé de terme pour le paiement. S'il en avoit accordé, il est juste que les assureurs en jouissent.

136. Au second cas, qui est celui auquel les assureurs rejettent la composition, il y a lieu à la demande de la somme assurée. Ils sont tenus de la payer, *sans qu'ils puissent rien prétendre aux effets relâchés*, suivant qu'il est porté expressément en l'article 67.

L'assuré n'est donc pas tenu, en ce cas, de leur faire le délaissement des effets rachetés, ni du profit qu'il pourroit faire sur lesdits effets. Les assureurs en refusant la composition, sont censés, en ce cas, les avoir abandonnés à l'assuré pour le prix du rachat; de même qu'ils peuvent abandonner les effets sauvés d'un naufrage, pour les frais faits pour les recouvrer; *suprà n.* 134.

Tout ce que les assureurs, comme subrogés aux droits de l'assuré à qui ils ont payé la somme assurée, pourroient en ce cas; c'est que s'ils prétendoient la prise illégitime, ils pourroient, à leurs risques, poursuivre la restitution de la somme extorquée par le Corsaire

137. Les assureurs, devant avoir le choix d'accepter à leur profit la composition, ou de la répudier, l'assuré doit les avertir, par écrit, de la composition qu'il a faite; *art.* 66. Les assureurs, de leur côté, aussi-tôt qu'ils en ont été avertis, doivent, suivant l'article 67, déclarer sur le champ s'ils entendent accepter la composition; faute de quoi, ils peuvent être poursuivis pour le paiement de la somme assurée.

Je crois néanmoins qu'ils sont toujours à temps de se faire renvoyer de cette demande, en offrant leur part du prix de la composition, les intérêts & les dépens de contumace faits contr'eux.

138. Le délaissement que l'assuré fait aux assureurs, des effets assurés, en transfere d'une maniere irrévocable aux assureurs la propriété, soit pour le total s'ils ont été assurés pour le total, soit pour la partie pour laquelle ils ont été assurés; & de même que l'assuré ne pourroit plus les répéter, en offrant de décharger les assureurs de la somme assurée, ou de la leur rendre s'ils l'avoient payée; de même les assureurs ne peuvent éviter de payer la somme assurée, après que le délaissement leur a été fait des effets assurés, quoique les ayant depuis recouvrés, ils offrent de les rendre à l'assuré.

*Finge:* le vaisseau qu'un armateur a fait assurer, a été pris; l'armateur a demandé aux assureurs la somme assurée, & leur a fait pour cet effet le délaissement de ses droits, & des effets qui ont pu être sauvés; les assureurs, comme subrogés par ce délaissement, aux droits de l'assuré, en ont poursuivi la restitution, en soutenant la prise illégitime, & l'ont obtenue, ou ils l'ont racheté du Corsaire qui la pris, ils ne seront pas reçus pour se dispenser de payer la somme assurée, à offrir de le rendre à l'assuré.

Voici un autre cas; j'ai fait assurer une somme de vingt mille livres sur un chargement que j'avois sur un certain vaisseau. Au bout de deux ans, sans qu'on en ait eu aucunes nouvelles, j'ai fait le délai aux assureurs, & des effets que j'avois sur ce vaisseau, & je leur ai demandé le paiement de la somme de vingt mille livres qu'il m'ont assurée; depuis, ce vaisseau qu'on croyoit perdu, est arrivé de

retour à bon port : les assureurs à qui j'en ai fait le délais, doivent prendre pour leur compte le chargement qu'ils m'ont assuré, & ils ne peuvent se dispenser de me payer la somme assurée. C'est la disposition précise de l'*art.* 60.

## §. IV.

### *De la déclaration que l'Assuré, en faisant son délaissement, doit faire de toutes les assurances qu'il a fait faire ; & de l'argent qu'il a pris à la grosse sur les effets assurés.*

139. L'Ordonnance, article 53, oblige l'assuré à faire cette déclaration par l'acte de délaissement. Son motif est afin de connoître, si l'assurance dont ils demandent le paiement, a été légitimement contractée ; car elle ne seroit pas légitimement contractée, si l'assuré, après les avoir déja fait asurer, les avoit fait asurer de nouveau pour une somme qui excédât ce que lesdits effets valoient de plus que les sommes pour lesquelles ils avoient été déja asurés, n'étant pas permis de faire asurer des effets pour une somme qui soit au-delà de leur valeur (*suprà*, *n.* 76.) ni de les faire asurer après qu'ils l'ont déja été, si ce n'est seulement pour ce qu'ils valent de plus que les sommes pour lesquelles ils ont déja été asurés *suprà*, *n.* 33.

L'Ordonnance veut aussi, que l'asuré déclare les emprunts des sommes qu'il a pris *à la grosse* pour les effets asurés; car ces emprunts renferment une asurance desdits effets jusques à concurrence des sommes empruntées.

140. L'Ordonnance veut que l'asuré fasse cette déclaration, *en faisant son délaissement.* S'il avoit omis de la faire par l'acte de délaissement, & qu'il la fit depuis, son délaisement n'aura d'effet que du jour qu'il aura fait cette déclaration ; & le terme accordé par l'article 44, pour le paiement de la somme asurée, ne commence à courir que du jour de cette déclaration. C'est l'interprétation que *Vasin* donne à cet article, qui est très-plausible.

141. L'Ordonnance, par ledit art. 53, prononce, *à peine d'être privé de l'effet des assurances*, c'est-à-dire, à peine contre l'asuré qui aura fait une déclaration infidéle, d'être exclus de sa demande contre les asureurs, pour le paiement de la somme asurée.

Cette peine néanmoins, suivant que l'article 54 l'explique, n'a lieu que lorsque les asurances, ou les emprunts à la grosse qui ont été recelés, excedent avec celles qui ont été déclarées, la valeur des effets asurés.

*Finge*, j'avois sur un vaisseau un chargement de valeur de 100000 livres : j'ai fait asurer sur ce chargement une somme de 60000 livres : j'ai encore depuis fait asurer sur ce chargement une somme de quinze mille livres, ou j'ai pris *a la grosse avanture* une somme de 15000 livres sur ledit chargement, pour payer ce que je devois du prix desdites marchandises. Ces deux sommes faisant celle de soixante-quinze mille livres, je ne pouvois plus faire asurer ce chargement que pour une somme de vingt-cinq mille livres ; néanmoins je l'ai fait asurer par d'autres asureurs pour une somme de quarante mille livres. Le vaisseau étant péri, je demande aux derniers asureurs le paiement de la somme de quarante mille livres qu'ils m'ont asurée ; & par le délaisement que je leurs fais, je déclare seulement

ſa premiere aſsurance de ſoixante mille livres, & je tais celle de quinze. Si les aſſureurs viennent à découvrir cette aſsurance de quinze mille livres que j'ai recelée, il y aura lieu à la peine, & ils auront congé de ma demande; parce que cette ſomme de quinze mille livres que j'ai recelée, jointe à celle de ſoixante mille livres que j'ai déclarée, & à celle de quarante mille livres de la derniere aſsurance, dont je demande le paiement, excéde la valeur de mon chargement, & ce recel forme une préſomption de fraude. Il faut préſumer qu'en faiſant aſsurer par les derniers aſsureurs pour une ſomme de quarante mille livres, ce qui reſtoit à aſsurer de mon chargement, j'avois connoiſsance qu'il ne valoit pas la ſomme pour laquelle je le faiſois aſsurer. C'eſt en punition de cette fraude que ce recel fait préſumer, que je ſuis privé en entier de la ſomme aſsurée; au lieu que ſi j'avois déclaré cette aſsurance de quinze mille livres, & qu'il n'y eût pas de preuves d'ailleurs, que lorſque j'ai fait aſsurer pour quarante mille livres ce qui reſtoit à aſsurer de mon chargement, j'avois connoiſsance qu'il ne valoit pas cette ſomme, je ne ſerois pas privé en entier de la ſomme aſsurée, mais la ſomme aſsurée ſeroit ſeulement réduite à la ſomme de 25000 livres, valeur de ce qui me reſtoit à aſsurer.

142. La privation entiere de la ſomme aſsurée, étant une peine de la fraude, s'il paroiſſoit que l'omiſſion que l'aſſuré a faite de déclarer quelqu'une des aſſurances, n'a pas été frauduleuſe, & qu'il pouvoit n'en avoir pas connoiſſance, il n'y aura pas lieu à la peine.

*Finge*: Un Négociant de Bayonne ayant fait ſur un navire un chargement de cinquante mille livres, ſur lequel il avoit emprunté *à la groſſe* vingt mille livres, a donné ordre à ſon correſpondant à Hambourg, de faire aſſurer ſon chargement, pour les trente mille livres qui reſtoient à aſſurer. Son correſpondant, au reçu de la lettre, l'a fait aſſurer à Hambourg pour une ſomme de vingt mille livres. Peu de jours après, le prix des aſſurances ayant baiſſé à Bayonne, ce Négociant, ignorant que ſon correſpondant d'Hambourg eût déja exécuté en partie ſes ordres, a fait aſſurer à Bayonne, ſur ce chargement, la ſomme de trente mille livres, & a écrit un contre-ordre à ſon correſpondant d'Hambourg. La nouvelle de la perte du navire arrive preſqu'auſſi-tôt; le Négociant de Bayonne la fait ſignifier aux aſſureurs, & leur fait ſon délaiſſement, par lequel il déclare ſeulement la ſomme de vingt mille livres qu'il avoit priſe *à la groſſe*, & ne déclare point celle de vingt mille livres que ſon correſpondant avoit fait aſſurer pour lui à Hambourg, n'en ayant pas encore eu de nouvelles: cette omiſſion n'étant pas en ce cas frauduleuſe, l'aſſurance faite à Hambourg, ayant pu être ignorée par ce Négociant, il n'y aura pas lieu à la peine, & l'aſſurance de Bayonne devra ſeulement être réduite à la ſomme de dix mille livres qui reſtoit encore à aſſurer.

## §. V.

### *De la ſignification que l'Aſſuré doit faire des pieces juſtificatives, tant du chargement & de la valeur des effets aſſurés, que de leur perte.*

143. L'aſſuré ne pouvant pas faire aſſurer légitimement une ſomme au-delà de la valeur des effets qu'il a ſur le navire; pour qu'il puiſſe juſtifier que l'aſ-

surance, dont il demande l'exécution, eſt légitime, & que la ſomme aſſurée, dont il demande le paiement, n'excede pas la valeur des effets qu'il avoit ſur le navire, il faut qu'il juſtifie du chargement deſdits effets ſur le navire, & de leur valeur.

Pareillement, comme c'eſt la perte deſdits effets, arrivée par quelqu'un des accidens de force majeure, dont les aſſureurs ſe ſont chargés, qui donne ouverture à la demande de l'aſſuré, & qui y doit ſervir de fondement, l'aſſuré doit juſtifier de cet accident, & de la perte qu'il a cauſée de ſes effets.

C'eſt conformément à ce principe que l'*art.* 56 dit: « Les aſſureurs ſur le » chargement, ne pourront être contraint au paiement des ſommes aſſurées, » que juſqu'à concurrence de la valeur des effets, dont l'aſſureur juſtifiera le » chargement, & la perte. »

Et l'*art.* 57 ajoute: « les actes juſtificatifs du chargement, & de la perte des » effets aſſurés, ſeront ſignifiés aux aſſureurs incontinent après le délaiſſement, » & avant qu'ils puiſſent etre pourſuivis pour le paiement des choſes aſſurées. »

144. La principale preuve du chargement, eſt le *connoiſſement.* On appelle ainſi la reconnoiſſance que le maître d'un vaiſſeau donne à un Marchand, des marchandiſes qu'il a chargées ſur ſon vaiſſeau.

Il eſt évident que cette connoiſſance eſt une preuve non ſuſpecte de la quantité des marchandiſes qui ont été chargées ſur le vaiſſeau; car le maître qui eſt obligé de les repréſenter lors de l'arrivée du vaiſſeau au lieu de ſa deſtination, a intérêt de ne pas comprendre dans le connoiſſement plus qu'il n'y en a.

Pourroit-on, par une clauſe particuliere, convenir que l'aſſuré ne ſera pas tenu de juſtifier ſon chargement, par le rapport du *connoiſſement?* Je ne penſe pas qu'une telle clauſe puiſſe diſpenſer l'aſſuré de le repréſenter. On ne peut y concevoir d'autre motif que celui de tromper les aſſureurs; or, toute convention qui tend à pouvoir tromper, n'eſt pas valable, *Non valet conventio ne dolus præſletur.*

A défaut de *connoiſſement*, s'il eſt perdu, l'atteſtation du Capitaine, ou des principaux de l'équipage en tiendra lieu; & à leur défaut, s'ils étoient péris, celle des autres perſonnes de l'équipage qui ſe ſont ſauvées. C'eſt l'avis de Vaſlin ſur ledit *art.* 57.

145. Lorſque le chargement eſt fait en pays étranger par des mariniers, ou autres perſonnes qui ſont dans le navire comme paſſagers, & qu'ils le font aſſurer en France par leurs correſpondans, leſdits mariniers ou paſſagers doivent laiſſer un double du *connoiſſement* entre les mains du Conſul François, ou de ſon Chancelier, au lieu où s'eſt fait le chargement; & s'il n'y a point de Conſulat en ce lieu, entre les mains d'un notable Marchand de la nation Françoiſe. C'eſt la diſpoſition de l'*art.* 63.

Le motif de cette diſpoſition, eſt pour obvier aux fraudes & à la colluſion entre ces perſonnes & le Capitaine, qui, en cas de naufrage ou de priſe, pourroit donner aux aſſureurs un faux *connoiſſement*, contenant une plus grande quantité de marchandiſes, que celle dont étoit compoſé le chargement; *Vaſlin* ſur ledit article.

Les mariniers & paſſagers qui ont fait quelque chargement ſur un navire,

dans le Levant ou en Barbarie, qu'ils ont fait assurer par leurs correspondans en France, en cas de perte du *connoissement*, doivent justifier de ce qui est contenu dans ledit chargement, par une autre espece d'acte, qu'on appelle un *manifeste*. C'est un acte que le Capitaine de chaque navire doit remettre à la Chancellerie du lieu du chargement: cet acte doit contenir un extrait fidele de toutes les polices de son chargement; il est conçu à-peu-près en ces termes: *A chargé* M***. d'ordre & pour compte de M**. d'une telle Ville, *& à sa* consignation, telles & telles marchandises, dont en exprime la qualité, la quantité, le poids, *&c.* Cet état est enfin certifié véritable par le Capitaine; le Chancelier du Consulat du lieu à qui cet acte est remis, l'enrégistre, & en donne au Capitaine deux copies en forme, légalisées par le Consul.

A l'égard des voyages de l'Amérique, l'acquit que le Capitaine doit avoir des droits qu'il a payés pour les marchandises chargées sur son navire, peut servir de justification du contenu du chargement.

146. Lorsque c'est le maître lui-même qui a fait assurer un chargement de marchandises pour son compte, sur le vaisseau qu'il commande; comme il ne peut pas se donner de *connoissement* à lui-même, il doit s'en faire donner un par l'Ecrivain du vaisseau & le pilote, qui soit signé d'eux. Mais comme ces personnes, qui sont sous sa dépendance, ne sont pas par cette raison hors de tout soupçon de collusion, il doit en outre justifier de l'achat des marchandises dont son chargement étoit composé; *putà*, par les factures, ou par les livres des marchands de qui il les a achetées. C'est la disposition de l'*art.* 62.

147. Il y a un cas auquel il n'y a pas de preuve à faire de chargement. C'est lorsqu'un Corsaire fait assurer une prise qu'il a faite: il est évident qu'il ne peut y avoir lieu alors à cette preuve, puisque le Corsaire n'a rien chargé: la prise qu'il a fait assurer, ne gît en ce cas qu'en estimation.

148. La *quantité* des marchandises dont le chargement étoit composé, se justifie par le *connoissement*. A l'égard de leur *valeur*, l'assuré peut la justifier par les factures & par les livres de commerce, tant de l'assuré, que des marchands qui lui ont vendu les marchandises; *art.* 64.

A défaut de cette preuve par les livres & les factures, on en doit faire l'estimation par Experts, suivant le prix commun & courant que les marchandises de l'espece de celles dont le chargement est composé, valoient au temps & au lieu du chargement. C'est la disposition de l'*art.* 64.

149. La valeur du chargement jusqu'à concurrence de laquelle on peut le faire assurer, n'est pas seulement composée du prix de l'achat des marchandises; ou si ce sont des marchandises de la manufacture du chargeur qui s'est fait assurer, cette valeur n'est pas seulement le prix courant qu'il vendoit, au temps du chargement, les marchandises de cette espece. On doit encore, suivant ledit *article* 64, *y joindre tous droits & frais faits jusqu'à bord*, c'est-à-dire, tous les frais qu'il faut faire pour conduire les marchandises à bord, & pour les charger sur les navires, & tous les droits qu'il faut payer pour le chargement desdites marchandises, tels que les droits de Douane.

Le profit que l'assuré espéroit faire sur ces marchandises, n'entre pour rien dans leur estimation; car il n'est pas permis de faire assurer l'espérance des profits, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 36.

*Contrà*,

*Contrà, vice versâ.* Les marchandiſes qu'on charge en retour à l'aſſuré dans les Iſles de l'Amérique, ne doivent pas être eſtimées ſuivant la valeur de l'argent de ce pays, ſur lequel il y a un tiers à perdre en France, mais ſeulement ſur le pied de l'argent de France; car elles ne ſont de valeur pour l'aſſuré, que de ce qu'il en peut retirer en France. La convention de les eſtimer ſans aucune déduction de ce qu'il y a à perdre en France, a été, par pluſieurs Sentences de l'Amirauté du Palais, déclarée nulle & illicite, comme contraire à l'*art.* 22 *du Tit. des Aſſurances*, qui défend de faire aſſurer des effets au-delà de leur valeur.

150. L'Ordonnance, en l'*article* 65, a prévu un cas auquel on ne peut pas eſtimer les marchandiſes du chargement, à la ſomme qu'elles valoient au temps & au lieu du chargement: c'eſt le cas auquel celui qui les a fait aſſurer, les auroient acquiſes des Sauvages par échange, dans un lieu où on ne connoît pas l'argent, & où le commerce ne ſe fait que par troc. Il eſt évident que les marchandiſes ne peuvent s'eſtimer à la ſomme d'argent qu'elles valoient au lieu du chargement, puiſque l'argent n'eſt pas connu dans le lieu, ni aucune autre monnoie qui y puiſſe répondre. Pour ſuppléer à cela, l'Ordonnance veut qu'on donne à ces marchandiſes l'eſtimation de celles qu'on a données aux Sauvages en échange pour les avoir, & qu'on y joigne tout ce qu'il en a coûté pour leur tranſport au lieu où elles ont été données en échange.

Vaſlin ſur cet article, obſerve qu'il ne reçoit plus d'application, n'y ayant plus de pays où l'on commerce, même avec les Sauvages, où l'argent ne ſoit connu.

151. On n'a recours à cette eſtimation par les factures & les livres, ou par Experts, que lorſqu'elle n'eſt pas faite par la police d'aſſurance. C'eſt pourquoi l'*art.* 64 ajoute: *ſi ce n'eſt qu'elles ſoient eſtimées par la police.*

En ce cas l'eſtimation qui eſt faite, fait foi de la valeur des marchandiſes, au moins par proviſion, & juſqu'à ce que les aſſureurs aient fait la preuve, que l'aſſuré les a ſurpris, & a enflé cette eſtimation: les aſſureurs doivent-ils être toujours admis à cette preuve? Voyez *infrà*, *n.* 159.

On pratique rarement de faire par la police l'eſtimation des marchandiſes; mais lorſque c'eſt le navire qui eſt aſſuré, on en fait toujours l'eſtimation; Vaſlin ſur ledit *art.* 64.

152. Cette juſtification que l'aſſuré doit faire de la valeur de ſon chargement, eſt néceſſaire, non-ſeulement pour conſtater la légitimité de l'aſſurance, c'eſt-à-dire, que la ſomme aſſurée n'excede pas la valeur de ce qu'on a fait aſſurer, mais auſſi pour connoître la part que les aſſureurs doivent avoir dans le délaiſſement: la part qu'ils doivent y avoir devant être en même raiſon qu'eſt la ſomme aſſurée au total de la valeur du chargement, comme nous l'avons vu ci-deſſus.

153. Lorſque c'eſt un aſſureur qui a fait réaſſurer, ou lorſque c'eſt un prêteur *à la groſſe avanture*, qui a fait aſſurer les marchandiſes ſur leſquelles il a fait le prêt, & qui ſont à ſes riſques, ils ſont obligés de juſtifier du chargement, & de la valeur des marchandiſes aſſurées; de même que le propriétaire, qu'ils repréſentent, y eût été obligé, ſi les marchandiſes euſſent été à ſes riſques, & que ce fût lui qui les eût fait aſſurer.

154. A l'égard des actes justificatifs de la perte des effets assurés, & des accidens de force majeure qui l'ont causée, que l'assuré, suivant l'*art.* 57, doit aussi faire signifier aux assureurs, comme nous l'avons dit ci-dessus; ces actes sont, en cas de naufrage, ou échouement, soit les procès-verbaux des Officiers de l'Amirauté du lieu, qui ont fait travailler au sauvement des effets; soit le rapport vérifié des gens de l'équipage, fait au Greffe de l'Amirauté du lieu le plus voisin où le naufrage est arrivé, ou devant Notaires lorsqu'il n'y a pas d'Amirauté.

En cas de prise, les actes justificatifs sont les lettres d'avis du Capitaine, ou des principaux de l'équipage.

Il y a un cas auquel il n'est pas nécessaire de rapporter d'actes justificatifs de la perte des effets assurés: c'est celui auquel c'est le défaut de nouvelles du vaisseau, au bout d'un an ou de deux ans, qui a donné ouverture à l'action, suivant l'*art.* 58.

155. L'Ordonnance, *art.* 58, dit, que cette signification des actes justificatifs, tant du chargement que de la perte des effets assurés, sera faite aux assureurs, *incontinent, & avant qu'ils puissent être poursuivis pour le paiement des choses assurées.*

Quoique l'Ordonnance dise *incontinent*, il n'y a néanmoins aucune peine contre l'assuré qui ne l'a pas fait *incontinent;* si ce n'est que jusqu'à ce qu'il l'ait faite, il ne peut, comme il est dit en cet article, faire aucune poursuites contre les assureurs pour le paiement de la somme assurée.

## §. VI.

### *Exceptions que les Assureurs peuvent opposer contre la demande de la somme assurée.*

156. La principale exception *& fin de non-recevoir*, que les assureurs peuvent opposer à l'assuré contre la demande de la somme assurée, est celle qui résulte de ce que le délaissement n'a pas été fait, ni la demande donnée dans le temps réglé par l'Ordonnance.

L'*article* 48 regle ce temps. Il porte: « les délaissemens & toutes demandes » en exécution de la police, seront faites aux assureurs dans *six semaines* après » la nouvelle des pertes arrivées aux côtes de la même Province où l'assurance » aura été faite; & pour celles qui arriveront en une autre Province de notre » Royaume, dans *trois mois;* pour les côtes d'Hollande, Flandres, Angle- » terre, dans *quatre mois;* pour celles d'Espagne, d'Italie, Portugal, Barba- » rie, Moscovie ou Norvege, dans *un an;* & pour les côtes de l'Amérique, » Brésil, Guinée & autres pays plus éloignés, dans *deux ans;* & le temps » passé, les assurés ne seront plus recevables en leur demande. »

Le *temps de la nouvelle*, d'où cet article fait courir le délai, doit s'entendre du temps auquel la nouvelle a commencé d'être publique & notoire dans le lieu où l'assurance a été faite, comme l'observe Vasslin sur ledit article.

Si l'assuré avoit eu nouvelle de la perte, & l'eût signifiée aux assureurs avant qu'elle fût publique, avec protestation de faire son délaissement, il n'est pas

douteux que le temps pour faire le délaiſſement, doit commencer à courir dès le jour de ſa ſignification.

Dans le cas d'*arrêt de Prince*, le délaiſſement ne pouvant être fait, & la demande de la ſomme aſſurée ne pouvant être intentée qu'après les délais portés par les *articles* 49 & 50, c'eſt une conſéquence que le temps porté par l'*art.* 48, pour faire ce délaiſſement, & intenter cette demande, ne peut commencer à courir que du jour de l'expiration des délais portés par les *articles* 49 & 50; car c'eſt un principe des plus connus, que le temps dans lequel une demande doit être intentée, ne peut commencer à courir que du jour qu'on a pu l'intenter.

Par la même raiſon, lorſque c'eſt le défaut de nouvelles du vaiſſeau, depuis un an ou deux ans, qui a donné ouverture à la demande, ſuivant l'*art.* 58, les délais portés par l'*art.* 48, ne doivent commencer à courir que du jour de l'expiration du temps d'un an, ou de deux ans.

Il ne ſuffit pas que l'aſſuré ait fait ſon délaiſſement dans le terme réglé par l'*art.* 48, ſi la demande en paiement de la ſomme aſſurée, n'eſt pas auſſi donnée dans ce terme. C'eſt ce qui réſulte des termes de l'*art.* 48, où il eſt dit: « les » délaiſſemens & toutes demandes en exécution de la police, ſeront faites aux » aſſureurs dans, *&c.* » Cela a été ainſi jugé par Arrêt du Parlement d'Aix, du 30 Juin 1759, contre le ſieur Gremon, qui avoit fait ſon délaiſſement dans le terme, & n'avoit donné ſa requête aux fins du paiement de la ſomme aſſurée, que cinq jours après l'expiration du terme.

157. La reconnoiſſance de l'aſſureur, par lui écrite au bas de la police, par laquelle il reconnoît avoir été averti de la perte, & promet payer lorſqu'elle aura été liquidée, fait ceſſer la fin de non-recevoir, & perpétue l'action de l'aſſuré juſquà trente ans. Vaſſin ſur l'*art.* 48, cite un Arrêt d'Aix du 27 Mars 1751, qui a jugé qu'une ſimple atteſtation donné par le Courtier, ou par le Notaire de l'avertiſſement fait à l'aſſureur, & de ſa promeſſe de payer, ſuffiſoit pour faire ceſſer la fin de non-recevoir. La déciſion de cet Arrêt me paroît ſouffrir beaucoup de difficulté, & je ne crois pas qu'on ſe contentât au Parlement de Paris d'un tel certificat. L'Ordonnance *au Tit. des Aſſurances*, *art.* 42, ordonne qu'il ſoit fait une ſignification aux aſſureurs; leur reconnoiſſance qu'ils ont été avertis, équipolle bien à cette ſignification; mais un certificat d'un Courtier, ni même d'un Notaire, qui par rapport à ce certificat, n'eſt qu'une perſonne privée, ne peut pas équipoller à une ſignification juridique que l'Ordonnance exige.

158. Une ſeconde eſpece d'exception, eſt lorſque les aſſureurs oppoſent contre la demande de la ſomme aſſurée, que la perte des effets aſſurés n'eſt pas ſuffiſamment juſtifiée par les atteſtations produites par l'aſſuré, ou qu'il n'eſt pas juſtifié que l'accident, qui en a cauſé la perte, fût une force majeure dont les aſſureurs ſont garans. Les aſſureurs, ſur cette exception, peuvent être admis à faire une preuve contraire aux atteſtations produites par l'aſſuré; *art.* 61.

159. Enfin, une troiſieme eſpece d'exception, eſt lorſque les aſſureurs oppoſent que la ſomme aſſurée qui leur eſt demandée, excede la valeur des effets que le demandeur avoit ſur le navire; ou du moins qu'elle excede le valeur de

ce qui en restoit à assurer, si par une précédente police on avoit déja fait assurer une somme sur lesdits effets.

Les assureurs, pour établir cette exception, sont admis à faire la preuve contraire de ce qui résulte des piéces signifiées par le demandeur, pour établir la quantité & la valeur des marchandises de son chargement.

Les assureurs sont admis à la preuve contraire de l'estimation, même lorsqu'elle est portée par la police. C'est ce qui résulte de l'*art.* 8, où il est dit: « si l'assurance est faite sur le corps & quille du vaisseau, ses agrès..... » l'estimation en sera faite par la police; *sauf à l'assureur, en cas de fraude,* de » faire procéder à une nouvelle estimation. »

M. Vasin prétend, que pour que les assureurs soient écoutés à alléguer qu'il y a fraude dans l'estimation, & pour qu'ils soient en conséquence reçus à une nouvelle estimation, il faut qu'ils soutiennent qu'il y a léſion, au moins du quart, dans l'estimation portée par la police; mais il n'apporte aucune autorité pour fonder son avis.

Les assureurs doivent être admis à cette preuve, quand même par une clause expresse de la police, ils auroient renoncé à demander une autre estimation, que celle portée par la police; cette clause a été proscrite avec raison par plusieurs Sentences de l'Amirauté du Palais, comme tendante à éluder la disposition de l'*art.* 22, & à permettre les fraudes qui se commettent par les fausses estimations; or, *conventio ne dolus præstetur, rata non est;* L. 17, ff. *Commod.*

160. Cette exception, lorsque les assureurs l'établissent, tend à faire réduire la somme assurée qui leur est demandée, à la valeur du chargement, ou de ce qui en restoit à assurer, s'il y avoit déja eu de précédentes assurances.

Elle peut même quelquefois tendre à faire débouter entiérement l'assuré de sa demande, lorsqu'il y a preuve de la fraude, c'est-à-dire, de la connoissance que l'assuré avoit lors du contrat, que la somme qu'il faisoit assurer, excédoit la valeur de son chargement, ou de ce qui en restoit à assurer; ou même seulement lorsqu'il y a présomption de cette fraude, par le recel qu'il a fait de quelqu'une des assurances, lors de la déclaration qu'il a faite par son délaissement, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 141.

## §. VII.

### *De la condamnation qui intervient sur cette action; du terme qu'ont les Assureurs pour payer la somme assurée; & des déductions qu'ils peuvent faire.*

161. L'assuré, après qu'il a fait son délaissement, & qu'il a établi la quantité & la valeur des effets assurés, & leur perte, doit, lorsque la somme assuré n'en excede pas la valeur, en obtenir la condamnation contre les assureurs.

Cette condamnation est définitive lorsque les assureurs n'opposent rien contre les actes par lesquels l'assuré établit la valeur & la perte des effets assurés. Mais lorsque les assureurs sont reçus à faire la preuve du contraire de ce qui est établi par les attestations produites par l'assuré, ils ne laissent pas, à la vérité, de devoir être condamnés au paiement de la somme assurée, parce que

la provision est due au titre ; mais la condamnation ne doit être que provisionnelle, & à la charge par l'assuré de donner bonne & suffisante caution pour la restitution de la somme, s'il est dit en fin de Cause, que faire se doive. C'est la disposition de l'*art.* 61.

Lorsque la somme assurée n'est pas liquide, il ne doit intervenir de condamnation qu'après la liquidation.

162. L'Ordonnance, *art.* 44, accorde aux assureurs, pour le paiement de la somme assurée, un terme de trois mois ; qui commence à courir du jour que l'assuré leur a fait signifier son délaissement.

Il ne suffit pas, pour faire courir ce terme, que l'assuré ait fait signifier aux assureurs la nouvelle qu'il a reçue de la perte des effets assurés : ce terme ne commence à courir que du jour qu'il leur a signifié son délaissement ; Voyez l'*art.* 44.

Ce terme n'a lieu, que lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées autrement ; elles peuvent, par la police, convenir d'un terme ou plus long, ou plus court ; Voyez l'*art.* 44.

163. Sur la somme assurée que les assureurs sont condamnés de payer, il doit leur être fait déduction de la *prime* convenue, qui leur est due par l'assuré, à moins que par une clause particuliere de la police, il n'ait été convenu que la somme assurée seroit payée, sans aucune déduction de *prime*, laquelle ne seroit due qu'en cas d'heureuse arrivée du vaisseau.

Lorsque la somme assurée s'étant trouvé excéder la valeur des effets assurés, a souffert une réduction, la *prime* dont les assureurs ont la déduction, souffre une réduction dans la même proportion. Mais il doit être fait en ce cas aux assureurs, une déduction d'un demi pour cent, de ce qui a été retranché de la somme assurée.

Lorsque l'assuré a reçu quelque somme pour le prix des effets asurés, dont il a fait le délaissement, il en doit aussi faire déduction aux asureurs.

## ARTICLE II.

### *De l'obligation d'indemniser des avaries.*

164. La seconde espece d'obligation que les asureurs contractent par le contrat d'asurance envers l'asuré, est celle de l'indemniser des avaries causées par quelqu'un des accidens, du risque desquels ils se sont chargés.

On appelle *avaries*, comme nous l'avons déja dit, non-seulement la perte & la détérioration des choses asurées, comme lorsqu'elles ont été répandues, brisées, mouillées, ou autrement endommagées de quelque maniere que ce soit ; il n'est pas douteux que les asureurs sont tenus d'en indemniser l'asuré. On appelle aussi *avaries* les frais extraordinaires auxquels un accident de force majeure a donné lieu, tels que ceux qu'il a fallu faire pour sauver les marchandises asurées, d'un naufrage, d'un échouement, & les rembarquer. Les asureurs sont-ils aussi tenus d'indemniser de ces frais l'asuré ? Voyez *suprà*, *n.* 49.

Les asureurs sont-ils tenus d'indemniser l'asuré, non-seulement des avaries

simples, mais encore de la perte pour laquelle les effets assurés doivent contribuer aux avaries communes ? Voyez *suprà*, *n.* 52.

Lorsque les assureurs ont indemnisé l'assuré des pertes & dommages qui ont été causés pour le salut commun, dans les marchandises assurées, ils doivent être subrogés aux droits de l'assuré, dans la contribution qui doit se faire en ce cas.

165. Les assureurs ne sont censés s'obliger à indemniser l'assuré des avaries qui pourront survenir pendant le temps que doit durer l'assurance, que dans le cas auquel elles seroient un peu considérables. Assez souvent on s'en explique par la police, en stipulant que les assureurs ne seront tenus des avaries, si elles n'excédent tant pour cent, *&c.* Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, l'Ordonnance, *art.* 47, défend de faire aucunes demandes d'avaries, si elles n'excedent *un pour cent.*

De-là naît une question. J'ai fait assurer une somme de 10000 liv. sur un chargement de pareille somme que j'ai sur un vaisseau; & il est dit par la Police, que les assureurs ne seront tenus des avaries, si elles n'excedent *trois pour cent.* J'ai souffert des avaries qui montent à cinq cens livres, je demande aux assureurs cette somme; sont-ils fondés à me faire déduction sur cette somme, de celle de 300 liv., jusqu'à concurrence de laquelle ils devoient n'être pas tenus des avaries, suivant la clause de leur police ? *Valin* sur cet *art.* 47, dit, que les usages des différentes places, sont différens; qu'à Rouen on accorde aux assureurs cette déduction, & qu'on la leur refuse à la Rochelle. L'usage de la Rochelle me paroît le plus conforme au sens grammatical; il me semble que suivant le sens grammatical, pour que les assureurs fussent fondés à prétendre cette déduction, il faudroit qu'il fût dit, *que les assureurs ne seront tenus des avaries, que jusqu'à concurrence de ce qu'elles excéderont trois pour cent.* Mais ces termes, *si elles n'excedent trois pour cent*, n'expriment que la condition sous laquelle les assureurs s'obligent à payer les avaries; ils n'expriment que le cas auquel ils en noivent être tenus. Il en est de cette clause, comme de celle par laquelle un vendeur, après avoir déclaré la contenance de l'héritage qu'il vend, stipuleroit que l'acheteur ne pourroit avoir de recours contre lui, pour défaut de contenance, si ce défaut n'excédoit la quantité d'un demi-arpent, & qu'il s'en trouvât un de cinquante-deux perches: le vendeur seroit mal fondé à prétendre qu'il ne doit faire raison à l'acheteur que du défaut de contenance de deux perches. Néanmoins j'apprends que l'usage du Parlement de Rouen est aussi suivi à l'Amirauté du Palais à Paris, où ressortit l'Amirauté de la Rochelle : la Cause des assureurs est très-favorable.

166. Quelquefois on stipule par la police, que les assureurs ne seront pas tenus des avaries, ou qu'ils seront *francs d'avaries.* Le sens de cette clause est, qu'ils ne se chargent que des accidens qui causent une perte entiere des effets assurés, & qui donnent lieu au délaissement, & qu'ils ne se chargent point de tous les autres; Voyez quels sont ces cas, *suprà*, *n.* 118.

167. De l'obligation que contractent les assureurs envers l'assuré, de les indemniser de toutes les pertes & dommages, par rapport aux choses assurées, auxquels donnera lieu quelqu'un des accidens, dont ils ont pris sur eux

les risques, naît une action personnelle que l'assuré, ou ceux qui sont à ses droits, ont contre les assureurs ou leurs héritiers, pour leur demander cette indemnité.

L'assuré, pour fonder cette action, doit de même que sur l'action dont nous avons traité dans l'article précédent, rapporter le *connoissement*, pour justifier que les marchandises perdues, ou avariées pour lesquelles il demande à être dédommagé, sont & faisoient partie du chargement qu'il a fait assurer. Il doit aussi produire des attestations du maître du vaisseau, ou des gens de l'équipage pour justifier les avaries, & l'accident qui les a causés, sauf aux assureurs à faire preuve contraire. La détérioration des effets endommagés doit s'estimer par Experts, dont les parties doivent convenir; on peut, pour cette estimation, comparer la valeur des choses portées par la police à leur valeur présente. Par exemple, si une marchandise qui avoit été estimée cent livres par la Police, se trouve, au moyen de sa détérioration, n'être plus estimée que quarante livres, c'est une avarie de soixante livres dont les assureurs sont tenus.

168. Quelle que soit l'estimation des dommages, & à quelque somme qu'on fasse monter les avaries, lorsque la somme que j'ai fait assurer sur un chargement que j'ai sur un vaisseau, n'est pas de toute la valeur du chargement, mais seulement d'une partie; comme lorsque sur un chargement de soixante mille livres j'ai fait assurer une somme de 40000 liv. qui n'en fait que les deux tiers, le chargement n'étant, en ce cas, aux risques des assureurs que pour les deux tiers, & étant aux miens pour l'autre tiers, je ne puis prétendre contr'eux que pour les deux tiers l'indemnité des *avaries* arrivées sur les effets dudit chargement.

169. Il ne peut y avoir lieu à cette action, que lorsqu'il n'y a pas lieu à la premiere, soit parce que l'accident n'a pas causé une perte entiere des effets assurés, soit que l'assuré ait préféré cette action en paiement d'avarie, à celle qui, en lui donnant le droit de demander toute la somme assurée, l'auroit obligé à faire le délaissement.

De-là naît la question de scavoir, si l'assuré doit avoir le choix de ces actions, ou si au contraire dans le cas d'une perte totale, les assureurs ne sont pas fondés à opposer contre la demande un paiement d'avaries, que ce n'est pas le cas de cette action, & que l'assuré doit leur faire le délaissement, après lequel ils lui payeront la somme assurée? *Vasslin* sur cette question décide que les assureurs ne sont pas fondés à demander le délaissement, qui n'est qu'une faculté accordée à l'assuré pour pouvoir demander le paiement de toute la somme assurée, & qu'il peut ne pas user de cette faculté. Cette décision me paroît souffrir beaucoup de difficulté, lorsque l'avarie est une avarie considérable, qui est de la somme, ou de presque toute la somme assurée; si les assureurs n'étoient pas reçus, dans ce cas, à demander qu'on leur fit l'abandon, aux offres qu'ils feroient de payer en entier la somme assurée, & qu'il fût permis à l'assuré, après qu'il auroit reçu en entier, ou presque en entier, par forme d'avarie, la somme assurée, de se réserver encore les débris du naufrage; il se trouveroit que *versaretur in lucro*, ce qui est contre l'esprit du contrat d'assurance, par lequel l'assuré doit seulement être dédommagé de la perte qu'il a soufferte, sans pouvoir retenir aucun profit.

170. Il nous reste à observer que cette action doit être donnée dans le même terme dans lequel doit être donnée celle dont nous avons traité en l'article pré-

cédent. L'Ordonnance, *art.* 48, dit : *Toutes demandes en exécution de la police, seront faites dans*, &c. Ce mot, *Toutes*, comprend cette action aussi-bien que la précédente ; c'est pourquoi l'assuré, après l'expiration des termes portés par ledit *article* 48, y doit être déclaré non-recevable.

## ARTICLE III.

### *De l'obligation que contractent les Assureurs, en assurant la liberté d'une personne ; & de l'action qui en naît.*

171. Nous avons vu, *suprà*, *n.* 30, que les personnes pouvoient faire assurer leur liberté, & que par cette espece particuliere de contrat d'assurance, les assureurs pour une certaine *prime* que l'assuré leur donnoit, ou s'obligeoit de leur donner, s'obligeoient envers lui, au cas que dans le cours du voyage mentionné par la police, il fut captif ou prisonnier, de lui fournir une certaine somme pour sa rançon & les frais de son retour.

La prise du vaisseau, & la captivité de l'assuré qui en résulte, donnent ouverture à cette obligation & à l'action qui en naît pour demander la somme que les assureurs se sont obligés de payer pour la rançon de l'assuré, & les frais de son retour.

172. L'assuré pour pouvoir intenter utilement cette action, n'est tenu à autre chose qu'à rapporter une attestation de la prise, & de sa captivité, & la police d'assurance.

173. L'Ordonnance ne s'est pas expliquée sur le temps dans lequel les assureurs doivent payer cette somme ; mais il est évident que la rédemption d'un captif étant une cause qui requiert la plus grande célérité, les assureurs ne doivent pas jouir dans ce cas, pour le paiement de cette somme, du délai de trois mois, dont ils jouissent pour le paiement des sommes assurées sur des navires, ou sur des marchandises. C'est pourquoi je pense qu'on doit suppléer en ce cas, au silence de l'Ordonnance, par le *Guidon de la mer*, qui dit, *chap.* 16, que les assureurs doivent payer la somme convenue pour la rançon, *dans la quinzaine*, après la certification faite de la captivité.

Il est d'usage d'indiquer par la police une personne à qui cette somme sera payée. S'il n'y en a pas d'indiquée, elle doit être payée à la personne qui a une procuration du captif, ou qui auroit qualité pour recevoir pour lui.

174. Lorsque la personne qui a fait assurer sa liberté, & qui a été faite captive ou prisonniere, est morte avant que les assureurs aient été mis en demeure de payer la somme portée par la police, l'action qui a été ouverte par la captivité de la personne assurée pour le paiement de cette somme, passe-t-elle aux héritiers du captif ? Je pense qu'elle leur passe, & qu'ils sont bien fondés à demander aux assureurs la somme portée par la police. La raison est, que ce n'est pas la rédemption du captif ou du prisonnier, qui est l'objet de l'obligation que les assureurs ont contractée par le contrat d'assurance ; elle n'est que la cause finale & le motif du contrat : l'objet de l'obligation des assureurs, est la somme d'argent portée par la police qu'ils se sont obligés de payer ; or le droit qui résulte d'une obligation d'une somme d'argent, est un droit de nature à passer aux héritiers de la personne envers qui elle a été contractée.

Par

Par la même raiſon, ſi ayant fait aſſurer ma liberté après que l'obligation & l'action qui en naît, ont été ouvertes à mon profit, par la captivité de ma perſonne, & qu'avant que j'aie demandé la ſomme portée par la police, j'ai trouvé le moyen de me ſauver, je ne laiſserai pas d'être fondé à demander aux aſſureurs cette ſomme, quoique je n'en aie plus beſoin pour ma rançon.

Il en ſeroit autrement, ſi par la police d'aſſurance, par laquelle quelqu'un a fait aſſurer ſa liberté, les aſſureurs n'avoient pas promis de payer une ſomme, mais de le délivrer au cas qu'il fût pris; en ce cas, ce ſeroit le fait même de la rédemption de cette perſonne, qui ſeroit l'objet de l'obligation des aſſureurs: ce fait étant un fait perſonnel à la perſonne envers qui l'obligation a été contractée, l'action qui naît de l'obligation de ce fait n'eſt pas tranſmiſſible aux héritiers de cette perſonne. (*Traité des Obligations*, *n.* 674.)

C'eſt pourquoi, ſi le captif eſt mort avant que ſes aſſureurs aient été mis en demeure de le délivrer, ces aſſureurs ſont entiérement quittes de leur obligation, & les héritiers du captif n'ont aucune action contr'eux.

Par la même raiſon, ſi le captif a trouvé les moyens de s'évader, avant que ſes aſſureurs aient été mis en demeure de le délivrer, ils ſont quittes de leur obligation; car l'aſſuré ne peut plus demander qu'on le rachete, puiſqu'il n'eſt plus captif; le fait qui faiſoit l'objet de l'obligation des aſſureurs, étant devenu un fait impoſſible, l'obligation de ce fait eſt éteinte.

Mais ſi les aſſureurs avoient été mis en demeure de ſatisfaire à leur obligation & de racheter le captif avant ſa mort, ou ſon évaſion, l'obligation des aſſureurs ayant été par leur demeure convertie en une obligation de dommages & intérêts, & par conſéquent en une obligation d'une ſomme d'argent, l'action qui en naît ſubſiſte nonobſtant ſa mort, ou ſon évaſion.

176. Si ceux chez qui l'aſſuré eſt captif ou priſonnier, demandoient une ſomme exorbitante pour ſa rançon, les aſſureurs qui n'ont limité aucune ſomme par la police d'aſſurance, ſeroient-ils obligés de la donner? Je penſe que les aſſureurs ne ſeroient, en ce cas, obligés de donner au captif pour ſa rançon, que la ſomme à laquelle ils ont pu prévoir que pourroit monter au plus haut prix la rançon de l'aſſuré, eu égard à ſa qualité. La raiſon eſt, que ſuivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, *n.* 164, les obligations qui naiſſent des conventions, étant fondées ſur la volonté que la perſonne qui a contracté l'obligation, a eu de s'obliger, elles ne peuvent pas excéder ce à quoi il paroît que la perſonne qui a contracté l'obligation, a voulu s'obliger; or les aſſureurs dans cette eſpece n'ont voulu ni entendu s'obliger, que juſqu'à la ſomme à laquelle ils pouvoient prévoir que monteroit la rançon; ils n'ont pas voulu s'obliger *in infinitum*; ils ne ſont donc pas obligés à autre choſe qu'à payer au captif la ſomme à laquelle s'eſtime ordinairement au plus cher la rançon d'un captif de ſa qualité. Il en eſt de cette eſpece comme de celle dans laquelle quelqu'un ſe ſeroit obligé de m'acheter à ſes frais la choſe d'autrui; il n'eſt tenu de l'acheter que *æquo pretio*: ſi le propriétaire ne la veut vendre que pour un prix exorbitant, il n'eſt tenu qu'à m'en donner le juſte prix.

176. Outre l'obligation principale que les aſſureurs contractent envers l'aſſuré de lui payer, au cas qu'il ſoit pris, la ſomme portée par la police pour ſa rançon, & les frais de ſon retour; ou s'il n'y a pas de ſomme limitée par la po-

lice, celle qui sera nécessaire pour cela, les assureurs contractent encore une obligation secondaire, qui est celle de payer à l'assuré la peine portée par la police, en cas de retard de leur part de satisfaire à l'obligation principale, pour tenir lieu à l'assuré des dommages & intérêts qu'il souffre de ce retard.

Il paroît par l'*art.* 9 *du Tit. des Assurances*, que cette peine fait partie de ce que doit contenir la police d'assurance.

Si on avoit omis dans la police d'y faire mention de la peine, les assureurs n'en seroient pas moins tenus des dommages & intérêts de l'assuré, que leur retard retient dans la captivité; & il faudroit en ce cas les estimer, eu égard au genre de la captivité, & à la qualité de la personne.

177. Tout ce que nous avons dit sur l'obligation & l'action qui naissent de l'assurance de la liberté d'une personne, a également lieu, soit que l'assurance ait été faite pour un voyage de mer, soit qu'elle ait été faite pour un voyage de terre; *putà*, si un pélérin qui se propose d'aller à Jérusalem, dans la crainte d'être pris en chemin par les Arabes, se faisoit assurer sa liberté par des assureurs.

On doit en ce cas limiter par le contrat le temps que pourra durer le voyage, & le plus long-temps ne doit pas excéder *trois ans*. Si l'accident de la personne assurée n'arrive qu'après l'expiration de ce temps, les assureurs n'en sont pas tenus, quelqu'excuse qu'elle allegue; que son voyage a été retardé par maladie, ou par quelqu'autre accident. *Guidon de la mer*, *Chap.* 16.

## Section II.

### *Des obligations de l'Assuré, qui naissent de la nature du contrat.*

178. L'assuré par le contrat d'assurance, contracte envers les assureurs l'obligation de leur payer la *prime*, c'est à-dire, la somme convenue pour le prix de l'assurance; Voyez ce que nous avons déja dit *suprà*, *Chap.* 1, *art.* 3, §. 2.

L'assuré contracte ordinairement cette obligation purement & simplement; & en ce cas il doit la *prime*, soit que le vaisseau arrive à bon port, soit qu'il périsse.

Quelquefois néanmoins, par une clause particuliere de la police, l'assuré ne s'oblige au paiement de la *prime*, que sous la condition & au cas *que le vaisseau arrivera à bon port;* & il stipule que dans le cas contraire, la somme assurée lui sera payée, sans aucune déduction de *prime*, comme il a déja été dit *suprà*, *n.* 163.

179. Quoique l'obligation de payer la *prime* ait été contractée purement & simplement, néanmoins comme la *prime* est le prix des risques que doivent courir les assureurs, & qu'il ne peut pas y avoir de prix des risques, lorsque les assureurs n'en ont couru aucuns, cette obligation de payer la *prime* renferme par sa nature cette condition tacite, *si les assureurs courent les risques.*

De-là il suit, que lorsqu'un armateur a fait assurer son vaisseau pour un certain voyage, si le voyage a été entiérement rompu avant le départ du vaisseau, quoique par le fait de l'assuré, la *prime* ne sera pas due aux assureurs, parce que

le vaisseau n'étant aux risques des assureurs, que du jour qu'il a mis à la voile, comme nous l'avons vu *suprà*, ils n'ont en ce cas couru aucuns risques; & si elle leur avoit été déja payée, ils seront tenus de la rendre *conditione sine causâ*, comme l'ayant reçue induement. C'est la disposition de l'*art.* 27.

Pareillement si des Marchands ont fait assurer des marchandises qu'ils se proposoient de charger sur un certain vaisseau, & que ces marchands ayant changé d'avis, le chargement ne se soit pas fait, la *prime d'assurance* de ces marchandises ne sera pas due aux assureurs, qui n'ont en ce cas couru aucun risque.

180. Au lieu de la *prime* qui n'est pas due dans ce cas aux assureurs, lorsque c'est par le fait de l'assuré que le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution, l'assuré doit aux assureurs pour dommages & intérêts de l'inexécution du contrat, *demi pour cent* de la somme assurée. C'est une des obligations que l'assuré contracte par la nature du Contrat d'assurance. L'Ordonnance, *art.* 37, a fixé à *demi pour cent* les dommages & intérêts des assureurs, résultans de l'inexécution du contrat par le fait des assurés, en permettant par cet article aux assureurs de le retenir en ce cas sur la *prime* qu'ils doivent restituer.

S'ils n'avoient pas encore reçu la *prime*, ils auroient la voie d'action pour exiger ce *demi pour cent.*

181. Ce *demi pour cent* étant dû pour les dommages & intérêts de l'inexécution du contrat d'assurance, par le fait de l'assuré, il s'ensuit que lorsque ce n'est pas le fait de l'assuré que le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution, l'assuré ne doit pas ce *demi pour cent.* Par exemple, si c'est l'incendie du vaisseau par le feu du Ciel avant son départ, qui a empêché l'exécution du contrat d'assurance, les assureurs ne peuvent prétendre en ce cas le *demi pour cent*; car l'inexécution du contrat ne provient pas en ce cas du fait de l'assuré, mais d'une force majeure, dont l'assuré ne peut être tenu, suivant le principe *nemo præstat casus fortuitos*; l'assureur qui souffre de l'inexécution du contrat, ne peut donc pas en ce cas s'en prendre à l'assuré, ni lui demander le dédommagement du *demi pour cent.* Il est contre tous les principes qu'une Partie soit tenue de l'inexécution d'un contrat, lorsque ce n'est pas par sa faute, mais par une force majeure que le contrat n'est pas exécuté.

Ceux qui soutiennent que l'assuré doit le *demi pour cent*, quoique ce soit par une force majeure que le voyage a été rompu, tirent argument de ces termes de l'*art.* 37, *même par le fait des assurés.* Cet argument disparoîtra par l'explication que je vais donner de cet article, que je crois être la véritable: la voici. Quoique régulièrement il ne doive pas être au pouvoir d'une partie de rendre par son fait le contrat nul, & qu'en conséquence il pût paroître que les assurés ne peuvent pas, en rompant le voyage, rendre nul par leur fait le contrat d'assurance, & se décharger de l'obligation qu'ils ont contractée de payer la *prime*; néanmoins *si le voyage est entièrement rompu avant le départ du vaisseau, même par* LE FAIT DES ASSURÉS, *l'assurance demeurera* NULLE, *& l'assureur restituera la* prime, *à la réserve du demi pour cent*, qu'il retiendra pour tous dommages & intérêts résultans de l'inexécution du contrat par le fait des assurés.

Pourroit-on dire que le contrat n'a pas eu son exécution par le fait de l'assuré, & qu'il dût en conséquence être tenu du *demi pour cent*, si l'incendie étoit arrivé par un défaut de soin de la part de l'assuré, ou de ses gens? Je ne pense

pas que même en ce cas il y eût lieu aux dommages & intérêts du *demi pour cent*, pour l'inexécution du contrat d'assurance. On ne peut pas, même en ce cas, dire que c'est par le fait de l'assuré, qu'il n'a pas eu son exécution. Le défaut de soin de l'assuré ou de ses gens, qui donne lieu à l'incendie du vaisseau, & à l'inexécution du contrat, ne peut pas être regardé vis-à-vis des assureurs comme un fait de l'assuré, dont il soit responsable envers eux, n'ayant contracté envers eux aucune obligation d'apporter du soin à la conservation de sa propre chose.

182. On ne peut pas dire que ce soit par le fait de l'assuré que le contrat n'a pas eu son exécution, & il n'y a pas par conséquent lieu à la peine du *demi pour cent*, dans le cas auquel le contrat est nul de plein droit, parce qu'on a fait assurer une chose que les assureurs devoient sçavoir aussi-bien que l'assuré, n'être pas susceptible de ce contrat, comme lorsqu'on a fait assurer la vie d'une personne libre, contre la défense de l'*art.* 10.

183. De même que l'entiere inexécution du contrat d'assurance par le fait, ou sans le fait de l'assuré, fait cesser entiérement l'obligation de payer la *prime*, & donne même lieu à la restitution lorsqu'elle a été payée, de même lorsque le contrat n'a eu exécution que pour une partie de la somme assurée, l'obligation de la *prime* cesse pour la partie pour laquelle le contrat n'a pas eu exécution, & doit être restituée pour cette partie, si elle avoit déja été payée; cette restitution s'appelle, en termes de marine, *ristourne*. Par exemple, si j'ai fait assurer une somme de 40000 liv. sur un chargement qui s'est trouvé n'être que de valeur de 30000 liv.; & qu'en conséquence l'assurance n'ait eu lieu que pour 30000 liv., l'assurance n'ayant son exécution que pour les trois quarts de la somme assurée, la *prime* ne sera due que pour les trois quarts; & si elle a été payée en entier, les assureurs seront tenus d'en rendre le quart. Mais comme c'est par le fait de l'assuré qui a fait une fausse estimation de son chargement, que l'assurance n'a pas lieu pour le quart qui a été retranché de la somme assurée, il devra par forme de dommages & intérêts le *demi pour cent* de ce quart, comme nous l'avons déja vu *suprà*, *n.* 77.

L'assuré est recevable à demander la réduction de la *prime*, lorsque les assureurs ont fait réduire la somme assurée. Mais lorsque les assureurs ne se plaignent pas de la somme assurée, comme dans le cas de l'heureuse arrivée du vaisseau, l'assuré ne seroit pas recevable à demander la réduction de la *prime*, sous le prétexte qu'il prétendroit que la somme assurée étoit sujette à réduction, & excédoit la valeur des effets assurés: car il n'est pas recevable à impugner son propre fait. Néanmoins si l'assuré, comptant de bonne foi qu'on lui envoyoit un retour de 20000 liv., avoit fait assurer ce retour sur le pied de 20000 liv., & qu'à l'arrivée du vaisseau, le retour ne se trouvât que de dix mille livres, l'assuré dans ce cas n'étant pas de mauvaise foi, pourroit demander la ristourne, c'est-à-dire, la restitution de la moitié de la *prime* qu'il a payée, sauf le *demi pour cent.*

184. Lorsque les assureurs ont commencé à courir les risques de toute la somme assurée, la *prime* entiere leur est dès-lors acquise & due irrévocablement, quand même le voyage pour lequel l'assurance a été faite auroit été raccourci. C'est la disposition formelle de l'*art.* 36.

L'Ordonnance ne distingue point si le voyage a été peu ou beaucoup raccourci. C'est pourquoi quand même le vaisseau n'auroit fait que sortir du port, y seroit rentré peu après, & n'en seroit plus sorti, cela suffiroit pour que la *prime* fût entiérement due aux assureurs. Il suffit, pour qu'elle leur soit irrévocablement due, qu'ils aient commencé à courir les risques dont elle est le prix, pendant quelque temps, quelque court qu'il ait été. C'est pourquoi en l'*art.* 37, elle n'ordonne la restitution de la *prime*, que lorsque le voyage est rompu *avant le départ du vaisseau :* d'où il suit, *à contrario*, que lorsque le vaisseau est une fois parti, & que par son départ les risques ont commencé, la *prime* est entiérement acquise, & est due irrévocablement aux assureurs. C'est l'avis de Vasslin sur cet article.

Cet Auteur va plus loin, & il prétend que ce qui est porté par l'*art.* 37, que la *prime* sera rendue lorsque le voyage aura été rompu *avant le départ du vaisseau*, doit s'entendre du cas auquel les risques ne commencent qu'au temps du départ du vaisseau; comme lorsque c'est le vaisseau qui a été assuré, ou lorsque dans une assurance de marchandises il a été stipulé par une clause particuliere qu'elles ne commenceroient à être aux risques des assureurs, que du jour du départ du vaisseau. Mais hors ces cas, lorsque les marchandises assurées ont été chargées sur le vaisseau, ou sur des gabarres pour y être portées; ayant dès-lors commencé à être aux risques des assureurs, la *prime*, suivant cet Auteur, leur est dès-lors due irrévocablement, & n'est sujette à aucune restitution, quand même le voyage auroit été rompu depuis, même avant le départ du vaisseau.

Les personnes que j'ai consultées, m'ont assuré que cette décision de M. Vasslin étoit constante dans l'usage, & qu'il suffisoit que les risques eussent commencé, pour que la *prime* fût acquise irrévocablement aux assureurs.

185. Ce principe, que la *prime* est due en entier & irrévocablement aux assureurs, aussi-tôt qu'ils ont commencé de courir les risques des effets assurés, quelqu'abrégé qu'ait depuis été le temps pendant lequel ils les ont courus, reçoit trois exceptions.

La premiere est, lorsque la *prime* a été convenue à raison de tant par chacun jour, ou par chacun mois du temps que durera le voyage. Il est évident qu'une *prime* de cette nature, ne peut être due qu'à proportion du temps qu'aura duré le voyage, telle ayant été la convention des parties.

187. La seconde exception est, lorsque pour une assurance de marchandises, on est convenu d'une seule *prime*, tant pour pour l'aller, que pour le retour, ce qui s'appelle *une prime liée;* en ce cas, si le vaisseau étant arrivé au lieu de sa destination, *il ne se fait pas de retour*, l'Ordonnance veut que l'assureur soit tenu de rendre le tiers de la *prime*, s'il n'y a stipulation au contraire. C'est la disposition de l'*art.* 6.

La raison de cette disposition est, que cette *prime* en réunit d'eux, celle de l'aller, & celle du retour, c'est pourquoi elle est appellée *prime liée.* Les risques *pour aller* que les assureurs ont courus, leur ont bien fait gagner la *prime* pour l'*aller*, dès qu'ils ont commencé de les courir; mais celle du *retour* ne leur est pas due, puisque n'y ayant pas eu de retour, on ne peut pas dire qu'ils ont au moins commencé d'en courir les risques.

Le temps du retour, & les risques du retour, étant ordinairement égaux au temps & aux risques pour aller, la *prime* du retour paroîtroit devoir être la moitié de celle qui réunit les deux : pourquoi donc l'Ordonnance n'ordonne-t-elle que la restitution du *tiers ?* La réponse est, que ce que les assureurs retiennent de plus que la moitié de la *prime*, leur est accordé, pour leur tenir lieu des dommages & intérêts, résultans de l'inexécution du contrat d'assurance pour le retour. De-là il suit, qu'ils n'en peuvent prétendre d'autres, ni par conséquent prétendre en ce cas aucun *demi pour cent.*

187. La disposition de cet article est, dans le cas auquel *le vaisseau est parvenu* au lieu de sa destination. *Quid*, s'il étoit péri en chemin ? Il n'y aura pas lieu à la restitution d'aucune partie de la *prime ;* car par la perte du vaisseau le contrat d'assurance a reçu une entiere consommation ; les assureurs étant devenus, par cet accident, débiteurs de la somme entiere qui a été assurée, tant pour l'aller, que pour le retour, il est juste que l'assuré leur doive de son côté la *prime*, tant pour l'aller, que pour le retour. C'est l'avis de *Vaslin* sur l'*article* 27, *pag.* 73.

188. L'Ordonnance dit, *il ne se fasse point de retour ;* ce qui ne doit pas s'entendre du retour du vaisseau ; mais en ce sens, si l'assuré ne charge aucunes marchandises en retour sur le vaisseau, qui représentent, ou remplacent les marchandises assurées pour l'aller.

*Quid*, s'il en a chargé en retour, mais pour une somme moindre que la somme assurée ? En ce cas il n'y aura pas lieu à la restitution du tiers de la *prime liée*, qui est censée être la prime entiere du retour ; puisqu'en ce cas le contrat d'assurance a été exécutée en partie pour le retour. Mais comme il n'a été exécuté qu'en partie, & qu'il ne l'a pas été pour le surplus, on retranchera de ce tiers qui fait le total de la *prime* du retour, une portion proportionnée à celle qui aura été retranchée de la somme assurée, & pour laquelle le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution pour le retour.

Ceci s'éclaircira par un exemple. J'ai fait assurer 12000 liv. pour un chargement de valeur de pareille somme que j'avois sur un vaisseau, moyennant une *prime liée* pour l'aller & le retour, à raison de cinq pour cent, montant à six cens livres que j'ai payées comptant aux assureurs. Le vaisseau étant arrivé au lieu de sa destination : je ne l'ai chargé en retour que d'un chargement de valeur seulement de neuf mille livres ; en conséquence l'assurance ne pouvant avoir lieu pour une somme au-delà de la valeur du chargement, l'assurance pour le retour doit souffrir retranchement d'un quart, & être réduite à la somme de neuf mille livres, valeur du chargement en retour. Par conséquent la *prime* du retour, qui est de la somme de deux cens livres, tiers de la *prime liée*, doit souffrir un pareille retranchement d'un quart, qui est d'une somme de cinquante livres, & les assureurs doivent me rendre cent cinquante livres.

189. L'article ajoute, *s'il n'y a convention contraire*, c'est-à-dire, que les parties peuvent convenir de la restitution d'une plus grande, ou d'une moins grande portion de la *prime* que le tiers, dans le cas auquel il n'y auroit pas de retour.

Pourroit-on valablement convenir que l'assureur ne rendroit rien dans ce

cas ? Cette convention n'a rien d'injuſte, en ſuppoſant que l'aſſureur, en conſidération de cette clauſe, s'eſt contenté d'une moindre ſomme pour ſa *prime*, que celle qu'il auroit exigée, s'il eût été obligé d'en rendre le tiers dans le cas où il ne ſe feroit pas de retour. Or c'eſt ce qu'on doit toujours ſuppoſer dans le for extérieur, lorſque pareille convention eſt intervenue, & par conſéquent une telle convention doit être exécutée.

190. La troiſieme exception à la regle que la *prime* eſt due irrévocablement aux aſſureurs, auſſi-tôt que les riſques ont commencé, eſt le cas auquel les aſſureurs feroient banqueroute pendant le temps des riſques. Car en ce cas, celui qui a fait aſſurer, ſe trouvant n'être plus aſſuré par la faillite des aſſureurs, eſt fondé à demander la réſolution du contrat ; & en conſéquence la décharge de la *prime*, s'il ne l'a pas encore payée ; ou la reſtitution s'il l'a payée. Si ſur cette demande de l'aſſuré les créanciers intervenoient, ils pourroient, en offrant à l'aſſuré une bonne & ſuffiſante caution de l'aſſurance, le faire débouter de ſa demande.

191. De l'obligation que contracte l'aſſuré de payer la *prime*, naît une action qu'ont les aſſureurs contre l'aſſuré pour en exiger le paiement.

Ils peuvent l'exiger incontinent après que le contrat a reçu ſa perfection, *art.* 6. Voyez *ſuprà*, *n.* 8.

Cela a lieu, à moins que par une clauſe particuliere de la police, les aſſureurs n'aient accordé un terme pour le paiement de la *prime*.

A plus forte raiſon, lorſque par une clauſe particuliere on a fait dépendre l'obligation de la *prime*, de la condition de l'heureuſe arrivée du vaiſſeau, on ne peut exiger la prime avant l'accompliſſement de la condition.

192. Il reſte à obſerver, que les aſſureurs, lorſque la *prime* n'a pas été payée, ont un privilege ſur les effets aſſurés pour en être payés. *Vaſlin* ſur l'*art.* 20, *pag.* 62, *in fine*, ſuppoſe ce privilege comme conſtant.

193. Outre l'obligation que l'aſſuré contracte de payer la *prime*, & celle de payer le *demi pour cent*, en cas d'inexécution du contrat par ſon fait, on doit encore compter parmi ſes obligations qui naiſſent de la nature du contrat, celle qu'il contracte par le délaiſſement qu'il eſt tenu de faire de ce qui lui reſte des effets aſſurés, pour pouvoir demander la ſomme aſſurée dans les cas auxquels il y a lieu ; ſur quoi voyez ce qui en a été dit dans la Section précédente, *art.* 1, §. 3.

## SECTION III.

### *Des obligations que forme la bonne foi entre les parties dans le Contrat d'Aſſurance.*

194. La bonne foi qui doit régner dans le contrat d'aſſurance, de même que dans tous les autres, oblige chacun des contractans de ne rien diſſimuler à l'autre, de ce qu'il ſçait ſur les choſes qui ſont la matiere du contrat : car cette diſſimulation eſt un dol, comme nous l'avons établi en notre *Traité du Contrat de Vente*, *n.* 233, *& ſuiv.*

Les riſques qui ſont à courir ſur les effets aſſurés, étant une des principales choſes qui ſont la matiere du contrat d'aſſurance, chacun des contractans ne

doit rien dissimuler à l'autre de tout ce qu'il sçait, sur ce qui peut augmenter ou diminuer ces risques. Par exemple, en temps de guerre, les assureurs qui ont connoissance du prochain retour de la paix, ne doivent pas le cacher à celui qui fait assurer, pour tirer de lui une *prime* plus considérable que celle qu'il voudroit donner, s'il avoit cette connoissance.

195. Cette espece de dissimulation n'oblige guere que dans le for de la conscience; & dans ce for, elle oblige les assureurs qui ont dissimulé la connoissance qu'ils avoient, à restituer ce qu'ils ont reçu de plus que ce qu'eût dû être le prix de l'assurance, si toutes les parties eussent eu cette connoissance.

Cette obligation a lieu, même en cas de perte du vaisseau; & ils ne peuvent pas dire, pour s'en dispenser, qu'ils sont déja assez malheureux de payer la somme assurée: l'iniquité du prix de l'assurance est quelque chose d'indépendant de l'événement. Quoique le vaisseau soit péri, il n'en est pas moins vrai qu'il a été assuré à un prix excessif, & par conséquent l'obligation de restituer ce qu'il y a d'excessif, ne subsiste pas moins.

196. L'assuré qui a dissimulé des risques considérables, auxquels il sçavoit que le navire devoit être exposé, qui auroient augmenté considérablement le prix de la *prime*, s'ils eussent été connus des assureurs, peut-il, dans le for de la conscience, en cas de perte entiere, exiger des assureurs la somme assurée, en leur faisant seulement déduction de la somme à laquelle eût dû monter la *prime*, s'ils n'eussent pas caché aux assureurs la connoissance qu'ils avoient de ces risques? Je crois que l'assuré ne peut, dans ce cas, exiger des assureurs la somme assurée: car les assureurs n'ont pu équitablement être par le contrat chargés des risques, que pour une *prime* équivalente au juste prix de ces risques, que l'assuré leur auroit payé lors du contrat, ou promis de leur payer. L'assuré leur ayant dissimulé malicieusement le juste prix des risques dont il se proposoit de les charger, en leur dissimulant la connoissance qu'il avoit de ce qui en augmentoit considérablement le prix; ne leur ayant par conséquent ni payé, ni promis de payer une *prime* qui fût le prix des risques dont il les chargeoit, il n'a pu équitablement les en charger, ni conséquemment exiger d'eux la somme assurée. Il n'est plus temps, après que le temps du risque est passé, & que la perte est arrivée, de leur offrir le prix du risque.

Tout ce que l'assuré peut en ce cas exiger des assureurs, c'est qu'ils lui rendent la *prime* qu'il leur a payée; car étant déchargés des risques, il ne leur est est pas dû de *prime*.

197. Pourvu que les parties n'usent l'une envers l'autre d'aucune dissimulation, ni d'aucun artifice, elles peuvent licitement se débattre sur le prix de l'assurance. Et comme l'estimation des risques est quelque chose d'incertain, & très-difficile à fixer, & qu'en conséqeence le juste prix des risques doit avoir *magnam latitudinem*, la *prime*, qui est l'estimation des risques, ne sera pas censée, quelque forte ou quelque basse qu'elle soit, sortir des bornes du juste prix, même dans le for de la conscience.

A plus forte raison, dans le for extérieur, il ne doit pas y avoir lieu à la restitution pour cause de simple lésion dans le prix de l'assurance, si on n'allegue aucun dol.

Néanmoins si des assureurs avoient exigé d'un particulier pour le prix de l'assurance

l'assurance de ses effets, une *prime* beaucoup plus forte que celle qu'ils exigeoient dans le même-temps des autres personnes avec qui ils faisoient de pareils contrats, en profitant de l'ignorance en laquelle étoit ce particulier, du cours de la place sur le prix des assurances, il n'est pas douteux qu'ils commettroient envers lui une injustice, qui les obligeroit, dans le for de la conscience, à lui restituer l'excès de la prime : car ayant estimé eux-mêmes quel étoit le juste prix, par tous les contrats qu'ils ont faits avec les autres personnes, ils ne peuvent se dissimuler que celle qu'ils ont exigée de ce particulier, excede les bornes du juste prix.

198. La bonne foi ne permettant aux parties de se rien cacher sur les choses qui font la matiere du contrat, il s'ensuit que l'assuré est obligé de déclarer aux assureurs la qualité des marchandises qu'il fait assurer, qui les rend sujettes à plus de risques; telles que sont les marchandises sujettes à coulage, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 104.

Quoique l'Ordonnance dispense l'assuré de cette déclaration, à l'égard des marchandises qui doivent être chargées *en retour*, par la raison qu'ordinairement il ne sçait pas quelles sont les marchandises qu'on lui enverra en retour; néanmoins lorsqu'il le sçait, il est obligé, dans le for de la conscience, de le déclarer.

199. L'obligation que la bonne foi impose aux parties, de ne rien dissimuler de ce qu'elles sçavent sur les choses qui sont de la substance du contrat, ne concerne ordinairement que le for de la conscience. Il en est autrement de l'obligation qu'elle impose à chacune des parties, de ne pas induire l'autre en erreur, par de fausses déclarations sur les choses qui sont de la substance du contrat : celle-ci concerne le for extérieur. Ces fausses déclarations peuvent donner lieu, dans le for extérieur, à faire prononcer la nullité du contrat : *putà*, lorsque l'assuré déclare aux assureurs que le vaisseau qu'il fait assurer, ou sur lequel sont les marchandises qu'il fait assurer, est un vaisseau armé de canons, quoiqu'il ne le soit pas; ou lorsqu'il leur a déclaré qu'il devoit partir *sous convoi*, quoiqu'il soit parti seul. Car les risques à courir sur un vaisseau non armé, & qui part seul, étant plus considérables, la *prime*, qui est le prix de ses risques, doit être plus considérable aussi. D'où il suit que celle que les assureurs ont reçue, n'étant que le prix des risques d'un vaisseau, qu'on supposoit faussement armé & escorté, n'étoit pas équivalente au prix des risques de ce vaisseau, qui n'étoit ni armé, ni convoyé; & que les assureurs n'ayant pas reçu l'équivalent du prix de ces risques, n'en ont pu être valablement chargés.

Cela a lieu quand même l'assuré auroit fait, sans mauvaise foi, cette fausse déclaration, étant lui-même dans l'erreur, & croyant que le vaisseau sur lequel il faisoit assurer, étoit armé, & devoit être convoyé, quoiqu'il ne fût pas armé, & qu'il dût partir seul. Car il y a cette différence dans tous les contrats *intéressés*, entre le cas auquel l'une des parties ne dit pas ce qui est, & le cas auquel elle dit ce qui n'est pas. Dans le premier cas, elle n'est pas tenue de ne l'avoir pas dit, si elle ne le sçavoit pas, & si elle ne l'a pas malicieusement dissimulé : mais dans le second cas, elle est tenue, si ce qu'elle a dit

ne se trouve pas véritable, & a induit l'autre partie en erreur ; *debet præstare rem ità esse ut affirmavit.*

Il reste à observer qu'une partie ne peut se plaindre d'une fausse déclaration, qu'autant qu'elle a été induite en erreur. S'il étoit établi qu'elle en sçût elle-même la fausseté, elle ne seroit pas recevable à s'en plaindre.

## SECTION IV.

### *Des Juges qui doivent connoître des contestations auxquelles peuvent donner lieu les obligations qui naissent du contrat d'Assurance.*

200. C'est au Siege de l'Amirauté, dans le ressort duquel le contrat d'assurance a été passé, que la connoissance des contestations auxquelles il peut donner lieu, est attribuée.

Néanmoins, suivant l'article 70, lorsque la police porte la clause ordinaire par laquelle les parties soumettent a l'arbitrage les contestations qu'elles pourront avoir, l'une des parties peut, avant contestation en cause, malgré l'autre partie, obtenir le renvoi de la cause devant des arbitres.

Valin, sur cet article, observe à cet égard deux différences entre le contrat d'assurance & le contrat de société. Dans celui-ci, un associé, suivant l'article 9 du *Titre* 4 de l'Ordonnance de 1673, est fondé à demander le renvoi devant des arbitres, sur les contestations qu'il a avec ses associés, quoiqu'ils n'y consentent pas, & qu'il n'y eût aucune clause à cet égard par le contrat de société. Au contraire, dans le contrat d'assurance, l'Ordonnance ayant dit *lorsque la Police contiendra soumission à l'arbitrage*, déclare suffisamment que l'une des parties ne peut obtenir, malgré l'autre, le renvoi devant des arbitres, que dans le cas auquel cette clause se trouve dans la police, & non dans le cas auquel elle n'y est pas ; *inclusio unius, est exclusio alterius.*

Au reste, il suffit qu'il y ait une clause par laquelle les parties se soient soumises à l'arbitrage, quoique par cette clause elles n'aient pas nommé les arbitres. En ce cas, la partie qui demande à être renvoyée devant des arbitres, peut, après en avoir nommé un de sa part, sommer l'autre d'en nommer un de la sienne ; & faute par elle d'en nommer un, le Juge en doit nommer un pour elle ; *art.* 70.

Il y auroit plus de difficulté, si les arbitres étoient nommés par la police, & que l'un de ces arbitres fût mort, ou refusant d'accepter l'arbitrage. Car au lieu que dans l'espece précédente, les parties en se soumettant à un arbitrage sans nommer les arbitres, sont censées s'être obligées d'en nommer : au contraire, dans cette espece, les parties qui se sont soumises à l'arbitrage de certaines personnes, peuvent dire qu'elles n'ont entendu se soumettre qu'à l'arbitrage de ces personnes, qui étoient celles dans lesquelles elles avoient confiance, & non à l'arbitrage d'autres personnes.

201. Une seconde différence à cet égard entre le contrat d'assurance & le contrat de société, c'est qu'un associé peut même, après le procès commencé, & après contestation en cause, faire renvoyer la cause devant des arbitres ; au lieu que dans le contrat d'assurance, quoiqu'il contienne une clause de sou-

miſſion à l'arbitrage, on n'eſt reçu qu'avant la conteſtation en cauſe, à demander le renvoi devant des arbitres.

La raiſon de ces deux différences eſt, que les conteſtations entre aſſociés, conſiſtent dans des comptes & dans des diſcuſſions de faits, qui ſont ordinairement très-longues; au lieu que celles qui naiſſent ſur les contrats d'aſſurance, pouvant ordinairement ſe décider beaucoup plus facilement, n'ont pas tant de beſoin d'être renvoyées devant des arbitres.

On m'a fait obſerver, que même dans le cas auquel la police portoit une clauſe expreſſe de ſoumiſſion à des arbitres, les Juges ne devoient renvoyer devant les arbitres les conteſtations, que lorſqu'elles n'auroient pour objet que des queſtions de fait ou d'uſage. Mais lorſque la conteſtation a pour objet quelque queſtion de Droit délicate, que des arbitres Négocians ne ſont pas en état de décider, les Juges peuvent, nonobſtant la clauſe de ſoumiſſion à l'arbitrage, retenir la cauſe. J'apprends que c'eſt l'uſage de l'Amirauté du Palais, & que leurs Sentences qui ordonnoient dans ce cas la rétention de la cauſe, ont été confirmées par Arrêt, toutes les fois qu'il y en a eu appel.

202. Huitaine après la nomination des arbitres, la partie qui veut aller en avant, peut produire entre les mains des arbitres, & ſignifier à l'autre qu'elle a produit, avec ſommation d'en faire autant; & huitaine après ladite ſommation, les arbitres peuvent, ſi bon leur ſemble, rendre leur ſentence par forcluſion; *art.* 71.

Ces Sentences doivent être homologuées au Siege de l'Amirauté, ſans qu'il ſoit permis aux Juges qui les homologuent, d'entrer en connoiſſance du fond; *art.* 73.

L'appel s'en porte au Parlement dans le reſſort duquel eſt l'Amirauté; & il n'y doit être reçu qu'après le paiement de la peine, s'il y en a une, ſtipulée par la ſoumiſſion à l'arbitrage; *art.* 73.

Ces Sentences ſont exécutoires nonobſtant l'appel, en donnant caution; *art.* 74.

*Fin du Traité du Contrat d'Aſſurance.*

# TRAITÉ
## DU CONTRAT DE PRÊT
## A LA GROSSE-AVENTURE.

### ARTICLE PREMIER.

LE Contrat de Prêt *à la Groſſe-Aventure*, eſt un contrat par lequel l'un des contractans, qui eſt le prêteur, prête à l'autre, qui eſt l'emprunteur, une certaine ſomme d'argent, à condition qu'en cas de perte des effets pour leſquels cette ſomme a été prêtée, arrivée par quelque fortune de mer, ou accident de force majeure, le prêteur n'en aura aucune répétition, ſi ce n'eſt juſqu'à concurrence de ce qui en reſtera; & qu'au cas d'heureuſe arrivée, ou au cas qu'elle n'auroit été empêchée que par le vice de la choſe, ou par la faute du maître ou des mariniers, l'emprunteur ſera tenu de rendre au prêteur, la ſomme avec un certain profit convenu, pour le prix du riſque deſdits effets dont le prêteur s'eſt chargé.

Ces contrats de prêt à la groſſe-aventure s'appellent auſſi *ſimpliciter* contrats à la groſſe; on les appelle auſſi *contrats à retour de voyage*, parce qu'ordinairement le prêteur court les riſques juſqu'au retour du navire, & n'a la répétition de la ſomme prêtée, que dans le cas & lors de l'heureux retour du vaiſſeau, quoique quelquefois les contrats ſe faſſent pour l'aller ſeulement, & non pour le retour.

Ce contrat étoit en uſage chez les Romains; c'eſt celui connu ſous les noms de *nauticum Fœnus*, ou de *contractus trajectiæ pecuniæ*. Il en eſt traité dans les titres du Digeſte & du Code *de nautico Fœnore*.

2. Ce contrat eſt permis, non-ſeulement dans le for extérieur, mais même dans le for de la conſcience, & il n'eſt point uſuraire; car l'uſure qui eſt défendue par les Loix civiles & eccléſiaſtiques, conſiſte à exiger quelque choſe au-delà de la ſomme prêtée, pour la récompenſe du prêt, *vi mutui*: mais dans

ce contrat, le profit maritime qui eſt ſtipulé outre la ſomme prêtée, n'eſt pas la récompenſe du prêt, mais le prix des riſques dont le prêteur s'eſt chargé à la décharge de l'emprunteur.

Par la nature du contrat de prêt, l'emprunteur eſt chargé des riſques de la ſomme d'argent, dont la propriété lui a été transférée par le contrat de prêt, & à plus forte raiſon du riſque des choſes auxquelles il a employé cette ſomme; & la perte qu'il en ſouffre, quoique par force majeure, ne le décharge pas de l'obligation qu'il a contractée, de rendre au prêteur la ſomme qu'il lui a empruntée; *incendium ære alieno non liberat debitorem;* L. 11, *Cod. ſi cert. pet.* Lors donc que par une convention particuliere, le prêteur veut bien ſe charger de ce riſque à la décharge de l'emprunteur, il n'eſt pas obligé de le faire pour rien; & comme ce riſque eſt quelque choſe d'appréciable, il peut licitement, pour ſe charger de ce riſque, ſtipuler la ſomme à laquelle il aura été apprécié.

Obſervez néanmoins que quoique le profit maritime, quelque fort qu'il ait été ſtipulé par le contrat à la groſſe, ſoit toujours cenſé, dans le for extérieur, n'être autre choſe que le prix des riſques maritimes, & par conſéquent entiérement licite; néanmoins ſi l'intention des parties avoit été de comprendre dans ce profit, outre le prix des riſques, la récompenſe du prêt & du crédit que le prêteur fait de la ſomme prêtée, ce profit ſeroit, juſqu'à concurrence de cette récompenſe du prêt qui y entreroit, illicite & uſuraire dans le for de la conſcience: c'eſt ſur quoi les donneurs à la groſſe doivent s'examiner. Voyez ſur le profit maritime, *infrà*, *art.* 2, §. 4.

3. Le contrat de *prêt à la groſſe* eſt, de même que le contrat de prêt ordinaire, un contrat *réel*, car il ne reçoit ſa perfection que par la tradition de la ſomme prêtée. C'eſt auſſi un contrat *unilatéral;* car le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur par ce contrat: il n'y a que l'emprunteur qui contracte l'obligation de rendre la ſomme prêtée, avec le profit maritime, ſous la condition qu'il n'arrive pas quelqu'accident de force majeure qui cauſât la perte des effets ſur leſquels le prêt a été fait.

4. Ce contrat eſt un contrat intéreſſé de part & d'autre, & il differe en cela du prêt ordinaire, qui eſt un contrat de bienfaiſance, qui ne concerne que l'intérêt du ſeul emprunteur, & ne renferme, de la part du prêteur, qu'un pur ſervice qu'il rend à l'emprunteur, en lui accordant l'uſage gratuit de la ſomme qu'il lui prête; au lieu que le contrat à la groſſe ſe fait pour l'intérêt du prêteur, auſſi-bien que pour celui de l'emprunteur. Le prêteur ne ſe propoſe pas, par ce contrat, de rendre ſervice à l'emprunteur, mais il ſe propoſe de recueillir le profit maritime qu'il y ſtipule, s'il n'en eſt empêché par quelqu'accident.

5. Enfin le contrat à la groſſe, eſt du nombre des contrats aléatoires. Le riſque de la perte des effets ſur leſquels le prêt eſt fait, dont le prêteur ſe charge par ce contrat, y eſt évalué à un prix qui eſt le profit maritime, que l'emprunteur s'oblige de lui payer, en cas d'heureuſe arrivée.

6. Ce contrat eſt différent de tous les autres contrats, & il en forme une eſpece particuliere.

Le contrat auquel il reſſemble leplus, eſt le contrat d'aſſurance maritime.

Le prêteur, dans le contrat à la groſſe, ſe charge, par rapport aux effets ſur leſquels le prêt eſt fait, de tous les mêmes riſques dont ſe chargent les aſſureurs par le contrat d'aſſurance, par rapport aux effets aſſurés.

S'il y a cette conformité entre ces deux contrats, il y a d'ailleurs pluſieurs différences conſidérables.

1°. Dans le contrat à la groſſe, le prêteur fournit à l'emprunteur la ſomme de deniers qui ſert à l'emplette des effets, du riſque deſquels le prêteur ſe charge. Au contraire, dans le contrat d'aſſurance, les aſſureurs ne fourniſſent rien à celui qui fait aſſurer ſes effets.

2°. Dans le contrat à la groſſe, le prêteur, en ſe chargeant des riſques des effets ſur leſquels le prêt eſt fait, ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur. La perte arrivée, par force majeure, des effets, du riſque deſquels le prêteur s'eſt chargé, ne rend pas l'emprunteur créancier du prêteur, mais elle empêche ſeulement l'emprunteur d'être débiteur de la ſomme qu'il a empruntée. Au contraire, dans le contrat d'aſſurance, les aſſureurs contractent envers l'aſſuré, l'obligation de l'indemniſer juſqu'à concurrence de la ſomme aſſurée, de toutes les pertes & dommages ſoufferts par quelqu'accident de force majeure, dans les effets aſſurés, ou par rapport auxdits effets.

3°. Le contrat à la groſſe eſt, comme nous l'avons déja dit, un contrat *réel & unilatéral ;* celui d'aſſurance eſt un contrat *conſenſuel & ſynallagmatique.*

Nous pourrons encore remarquer quelques autres différences *in decurſu.*

## ARTICLE II.

### *De ce qui compoſe la ſubſtance du contrat de Prêt à la Groſſe-Aventure.*

7. Cinq choſes compoſent la ſubſtance de ce contrat; 1°. une ſomme d'argent qui ſoit prêtée : 2°. une ou pluſieurs choſes ſur leſquelles le prêt eſt fait : 3°. des riſques auxquels ces choſes ſoient expoſées, dont le prêteur ſe charge : 4°. une ſomme convenue, que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur, en cas d'heureuſe arrivée, pour le prix des riſques qu'il a courus ; ce qui s'appelle *le profit maritime* : 5°. le conſentement des parties ſur toutes ces choſes.

### §. I.

### *De la ſomme prêtée.*

Pour former un contrat de prêt *à la groſſe-aventure*, tel qu'il eſt en uſage parmi nous, il faut une ſomme d'argent que l'un des contractans prête à l'autre, aux conditions uſitées dans ce contrat.

Ce n'eſt pas que ce contrat ne pût être abſolument ſuſceptible d'autre choſe que d'une ſomme d'argent; car ce contrat renfermant le contrat *mutuum*, auquel eſt jointe une convention par laquelle le prêteur ſe charge des riſques, il peut être ſuſceptible de toutes les choſes dont l'eſt le contrat *mutuum*, c'eſt-dire, de toutes celles *quæ pondere, uſu, numero & menſurâ conſtant, & quæ uſu conſumuntur ;* L. 2, §. 1, ff. *de reb. cred.* ; mais dans l'uſage, on ne donne à la groſſe que de l'argent.

## §. II.

### *Des choſes ſur leſquelles ſe fait le prêt à la groſſe.*

9. La partie qui emprunte une ſomme d'argent à la groſſe-aventure, l'emprunte ſur certaines choſes qui ſont ſpécialement affectées, en cas d'heureuſe arrivée, à la reſtitution de la ſomme prêtée, mais dont les riſques maritimes, auxquels elles ſont expoſées, doivent être ſupportés par le prêteur.

L'Ordonnance de la Marine, *Tit. des contrats à la groſſe, art.* 2, nous apprend quelles ſont les choſes ſur leſquelles ſe font ordinairement les prêts à la groſſe-aventure à des Armateurs. Il y eſt dit: *l'argent à la groſſe pourra être donné ſur le corps & quille du vaiſſeau, ſes agrès & apparaux;* (ce qui comprend les voiles, cordages, vergues, poulies & autres uſtenſiles); *armement & victuailles,* (ce qui comprend les canons & autres armes, les proviſions de bouche & de guerre); *conjointement ou ſéparément, & ſur le tout ou partie de ſon chargement.* Ce dernier mot doit s'entendre du chargement qui appartient à l'armateur à qui le prêt eſt fait: car il eſt évident qu'il ne peut emprunter que ſur les choſes qui lui appartiennent.

Lorſque ce n'eſt pas à l'Armateur, propriétaire du vaiſſeau, mais à un Marchand, qu'eſt fait le prêt à la groſſe, il ſe fait ſur le chargement que ce Marchand a ſur le vaiſſeau, ou ſur partie de ce chargement.

10. De même que c'eſt un principe, à l'égard des contrats d'aſſurance, qu'il n'eſt permis de faire aſſurer que ce qu'on a, & ce qu'on court riſque de perdre; & qu'en conſéquence il n'eſt pas permis de faire aſſurer des effets pour une plus grande ſomme que leur valeur préſente, c'eſt-à-dire, pour une ſomme plus grande que celle à laquelle ces effets reviennent à celui qui les fait aſſurer, les frais du chargement compris, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat d'Aſſurance, n.* 149: de même dans le contrat à la groſſe, il eſt défendu d'emprunter deniers à la groſſe ſur le vaiſſeau ou ſur les marchandiſes du chargement au-delà de leur valeur; *Traité du contrat à la Groſſe, art.* 3.

11. Il y a, à cet égard, une diſtinction à faire entre le cas auquel c'eſt ſans fraude que l'emprunteur a fait un emprunt d'une ſomme au-delà de la valeur des effets ſur leſquels il l'a fait, & celui auquel il y a eu fraude de ſa part.

Au premier cas, lorſqu'il n'y a pas eu de fraude, c'eſt-à-dire, lorſqu'il ne paroît pas qu'au temps du contrat, l'emprunteur eût la volonté d'emprunter au-delà de la valeur du chargement ſur lequel il empruntoit, & que c'eſt contre ſon intention, & contre ce qu'il ſe perſuadoit, que ſon chargement s'eſt trouvé d'une valeur moins conſidérable que la ſomme empruntée; en ce cas, la convention de *la groſſe aventure* n'eſt pas entiérement annullée; elle ſubſiſte juſqu'à la concurrence de la valeur des effets ſur leſquels le prêt a été fait. Et en conſéquence, en cas de perte deſdits effets, l'emprunteur ſera déchargé juſqu'à concurrence de la valeur deſdits effets, de l'obligation de rendre la ſomme prêtée, qu'il ne rendra que pour le ſurplus; & auſſi le prêteur, en cas d'heureuſe arrivée, ne pourra prétendre le profit maritime, que juſqu'à concurrence de la valeur deſdits effets. A l'égard du ſurplus de la ſomme prêtée, il la répétera en l'un & l'autre

l'autre cas, ſoit de perte, ſoit d'heureuſe arrivée, ſeulement *avec le change*, c'eſt-à-dire, avec l'intéret au cours de la place juſqu'au paiement, pour le dédommager de la privation de ſon argent.

Ceci s'éclaircira par un exemple: ſuppoſons qu'un Marchand a emprunté de bonne foi *à la groſſe*, une ſomme de 20000 liv. ſur un chargement qui s'eſt trouvé n'être que de valeur de 18000 liv., & qu'il a été ſtipulé par ce contrat un profit maritime de 1000 liv., la convention *de la groſſe-aventure* devant ſubſiſter juſqu'à concurrence de la valeur du chargement; en cas de perte entiere du chargement, par quelqu'accident de force majeure, le marchand ſera déchargé de l'obligation de rendre la ſomme de 18000 liv., & il ne ſera tenu de rendre que celle de 2000 liv. d'excédant avec les intérêts de cette ſomme de 2000 liv. au cours de la place; & en cas d'heureuſe arrivée, comme le prêteur n'a pas couru les riſques d'une ſomme de 2000 liv., qui fait le dixieme de celle de 20000 liv., on lui fera ſur la ſomme de 10000 liv., ſtipulée pour profit maritime, déduction d'une ſomme de 100 liv., qui eſt le dixieme de ce profit maritime; & il ne pourra exiger l'intérêt des 2000 liv. au cours de la place.

Au ſecond cas, qui eſt celui auquel il y a de la fraude de la part de l'emprunteur, c'eſt à-dire, lorſqu'il ſçavoit qu'il empruntoit au-delà de la valeur des effets ſur leſquels il empruntoit, il n'y a pas lieu, comme dans le cas précédent, à une ſimple réduction de la convention de *groſſe-aventure*; mais elle eſt entiérement nulle, de telle maniere que la perte entiere deſdits effets ſur leſquels le prêt a été fait, ne décharge pas l'emprunteur de rendre en entier la ſomme qu'il a empruntée.

12. Notre diſtinction eſt fondée ſur les articles 3 & 15 dudit titre.

L'article troiſieme dit: » faiſons défenſes de prendre deniers *à la groſſe* ſur le » corps & quille du vaiſſeau, ou ſur les marchandiſes, au-delà de leur valeur; » à peine d'être contraint, EN CAS DE FRAUDE, au paiement des ſommes en- » tieres, nonobſtant la perte ou priſe du vaiſſeau. »

L'article quinzieme, qui concerne l'autre cas, dit: » ſi toutefois celui qui a » pris deniers *à la groſſe*, juſtifie n'avoir pu charger des effets pour la valeur des » ſommes priſes *à la groſſe* »; c'eſt-à-dire, s'il juſtifie que c'eſt ſans fraude qu'il a emprunté au-delà de la valeur des effets ſur leſquels il a fait l'emprunt, & que c'eſt contre ce qu'il ſe propoſoit, lors du contrat, qu'il n'en a pas été chargé pour la valeur entiere des ſommes priſes *à la groſſe*.

Comme la fraude ne ſe préſume pas, l'emprunteur doit être facilement écouté à juſtifier ſa bonne intention. On doit ſe contenter qu'il allegue pour ſe juſtifier, quelque choſe de plauſible.

L'article ajoute: » le contrat en cas de perte ſera diminué à proportion de la » valeur des effets chargés, & ne ſubſiſtera que pour le ſurplus. » C'eſt-à-dire, *le contrat* de prêt, en tant qu'il renferme l'obligation de rendre la ſomme prêtée, *ſera diminué à proportion de la valeur*, c'eſt-à-dire, juſqu'à concurrence de la valeur des effets chargés, & l'emprunteur déchargé de rendre juſqu'à ladite concurrence la ſomme empruntée; & cela en conſéquence de la convention de groſſe aventure, laquelle n'eſt pas entiérement détruite comme dans le cas de fraude, mais ſubſiſte juſqu'à la concurrence des effets chargés, *& ne ſubſiſtera que pour le ſurplus*; c'eſt-à-dire, l'emprunteur ne ſera obligé de rendre que le ſurplus de ce

dont la ſomme empruntée excede la valeur des effets ſur leſquels le prêt a été fait, le contrat ne ſubſiſtant plus que pour cet excédant, & ayant été, par la perte deſdits effets, réſolu juſqu'à la concurrence de la valeur deſdits effets.

13. L'article ajoute : » dont le preneur payera le change ſuivant, le cours de la » place où le contrat aura été paſſé, juſqu'à l'actuel paiement du principal. »

Pourquoi, dira-t-on, l'emprunteur eſt-il par cette article obligé à payer les intérêts de cet excédent, puiſque le contrat ſubſiſte à l'égard de cet excédant comme un contrat de prêt ordinaire, qui ne peut produire intérêt, ſi ce n'eſt du jour que le débiteur a été conſtitué en demuere par une interpellation judiciaire ? Je réponds que le prêteur n'a prêté cet excédant, que parce qu'il croyoit que la valeur des effets ſur leſquels il faiſoit le prêt, égaloit la ſomme entiere qu'il prêtoit ; & que s'il eût connu la véritable valeur deſdits effets, il n'eût pas prêté cet excédant. Comme c'eſt par le fait de l'emprunteur qui a fait, quoique ſans fraude, une fauſſe déclaration de la valeur des effets ſur leſquels il empruntoit, que le prêteur a été induit dans l'erreur qui lui a fait faire ce prêt de l'excédant, qu'il n'eût pas fait ſans cela, l'emprunteur doit lui payer les intérêts de cet excédent, par forme de dédommagement de l'uſage qu'il en eût pu faire dans ſon commerce, s'il ne l'eût pas prêté.

14. De même qu'à l'égard du contrat d'aſſurance, il n'eſt permis de faire aſſurer que ce qu'on a déja, & qu'en conſéquence il n'eſt pas permis aux armateurs de faire aſſurer le profit eſpéré de leurs marchandiſes ; de même il eſt défendu par l'*art.* 4, aux Armateurs d'emprunter *à la groſſe* ſur le fret à faire de leur vaiſſeau, & aux Marchands ſur le profit eſpéré de leurs marchandiſes.

La convention de *groſſe-aventure* dans les emprunts qui ſeroient faits ſur ces choſes, eſt nulle ; & en conſéquence l'emprunteur eſt tenu de rendre la ſomme qui lui a été prêtée, auſſi-bien en cas de perte comme en cas d'heureuſe arrivée du vaiſſeau ou des marchandiſes.

Le prêteur en ce cas ne peut pas, par la même raiſon, demander le profit maritime ; il ne peut demander aucuns intérêts de la ſomme prêtée, ſi ce n'eſt du jour de la demande qu'il en fait : car il n'a pas été en ce cas induit en erreur par l'emprunteur, comme dans l'eſpece précédente ; il ſçavoit ou devoit ſçavoir, auſſi-bien que lui, que ces choſes n'étoient pas ſuſceptibles du contrat *à la groſſe*.

15. A l'égard des loyers des matelots, quoique l'Ordonnance défende de les faire aſſurer, non-ſeulement parce qu'il y a même raiſon, ces loyers ne leur appartenant pas encore, & ne devant leur appartenir que lors de l'heureuſe arrivée du vaiſſeau, mais par une raiſon encore plus importante, de peur que cette aſſurance ne les rendit moins ſoigneux à la conſervation du vaiſſeau à laquelle ils n'auroient plus le même intérêt ; néanmoins à l'égard du contrat *à la groſſe*, quoique les mêmes raiſons ſubſiſtent pour leur défendre d'emprunter à la groſſe ſur leurs loyers, l'Ordonnance leur permet cet emprunt, pourvu que deux choſes concourent ; 1°. que l'emprunt ſoit d'une ſomme au-deſſous de la moitié du prix de leurs loyers ; 2°. qu'il ſoit fait en préſence & du conſentement du maître du vaiſſeau ; *art.* 4.

Lorſque le prêt eſt fait pendant le cours du voyage, il faut une troiſieme condition, qui eſt le conſentement du commiſſaire. *Vaſſin* ſur ledit article.

La peine du prêt fait *à la groſſe* ſur les loyers d'un matelot ſans le conſentement

du maître, eſt une amende de cinquante livres contre le prêteur, & la confiſcation du prêt; *art.* 5.

C'eſt-à-dire, que le Receveur de l'Amiral, au profit de qui eſt cette confiſcation, ſe fera payer à la place du prêteur, ſur les loyers du matelot, de la ſomme prêtée.

Lorſque le prêt a été fait du conſentement du maître, mais d'une ſomme qui excede la moitié des loyers; comme ce n'eſt pas en ce cas le prêteur qui pouvoit ignorer le prix des loyers du matelot qui eſt en faute, mais le maître qui le ſçavoit, & qui ne devoit pas donner ſon conſentement à ce prêt, la peine doit en ce cas tomber ſur le maître. C'eſt pourquoi l'*article 6*, veut que le maître ſoit en ce cas reſponſable de la ſomme entiere qui a été prêtée, & tenu en ſon nom de la payer, nonobſtant la perte ou la priſe du vaiſſeau.

## §. III.

### *Des Riſques.*

16. Il eſt de l'eſſence du contrat de prêt *à la groſſe*, qu'il y ait des riſques maritimes auxquels les choſes ſur leſquelles ce prêt eſt fait, ſoient expoſés; puiſque par ce contrat, le prêteur en eſt chargé pour un certain prix.

Les riſques dont le prêteur ſe charge par ce contrat, ſont ceux de tous les cas fortuits qui cauſeroient la perte des effets ſur leſquels le prêt eſt fait dans les temps, & dans les lieux des riſques. C'eſt ce qui réſulte de l'*art.* 11.

Le terme *de cas fortuits* dans cet article, s'entend de la force majeure: *Vis divina, quæ præcaveri & cui reſiſti non poteſt*; il comprend tous les accidens de force majeure, dont ſont chargés les aſſureurs par le contrat d'aſſurance, & qui ſont détaillés par l'*art.* 26 *du Titre des Aſſurances*. Tout ce que nous avons dit par rapport aux aſſureurs, dans notre *Traité du Contrat d'Aſſurance*, *ch.* 1, *art.* 2, §. 2, reçoit application aux prêteurs *à la groſſe*.

17. L'*article* 12 qui ſuit, dit, » ne ſera réputé *cas fortuit* tout ce qui arrive » par le vice propre de la choſe, ou par le fait des propriétaires, maîtres ou » marchands-chargeurs, s'il n'eſt autrement porté par la convention. »

En cela les prêteurs *à la groſſe* conviennent avec les aſſureurs; & tout ce que nous avons dit à cet égard en notre *Traité du Contrat d'Aſſurance*, *chap.* 1, *art.* 2, §. 3, par rapport aux aſſureurs, reçoit application aux prêteurs *à la groſſe*.

18. Les prêteurs *à la groſſe*, de même que les aſſureurs, ne ſont chargés, même des accidens de force majeure, que lorſqu'ils arrivent *dans le temps & dans les lieux des riſques*.

Tout ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat d'Aſſurance*, *n.* 62, *& ſuivans*, ſur le temps auquel les aſſureurs commencent & ceſſent d'être chargés des riſques, a pareillement lieu à l'égard des prêteurs *à la groſſe*. Nous y renvoyons.

L'article dit, *& dans les lieux des riſques*. L'Ordonnance par ces termes fait entendre, que ſi le vaiſſeau avoit fait un autre voyage que celui pour lequel le prêt *à la groſſe* a été fait; ou ſi ſans faire un autre voyage, il avoit ſeulement changé de route hors les cas de néceſſité, ſans que cela lui fût permis par la

convention, le prêteur ne seroit pas tenu, non plus que les assureurs, des accidens survenus durant cet autre voyage, ou durant le changement de route. Tout ce que nous avons dit à cet égard dans notre *Traité du Contrat d'Assurance*, *n.* 63 *& suivant*, par rapport aux assureurs, peut s'appliquer aux prêteurs *à la grosse*. Nous y renvoyons pareillement.

Enfin le prêteur n'est censé avoir voulu se charger, & n'est en conséquence tenu que des risques que les effets du chargement, sur lequel le prêt a été fait, courront sur le vaisseau sur lequel il est dit par le contrat que ce chargement étoit ou devoit être fait. Mais s'ils ont été transférés dans un autre vaisseau, à moins que ce ne soit dans un cas de nécessité, le prêteur ne sera pas tenu des risques qu'ils courront sur un autre vaisseau. On peut tirer argument pour notre décision, de tout ce qui a été dit à l'égard du contrat d'assurance, dans notre *Traité du Contrat d'Assurance*, *n.* 68.

Il s'est présenté à ce sujet au Siege de l'Amirauté du Palais, l'espece suivante. Pierre avoit donné *à la grosse* à Jacques une certaine somme dans les Indes Orientales, sur un chargement de marchandises sur le navire *le Duc de Penthievre*. Jacques arrivé à l'Isle-de-France sur ce navire, passe avec ses marchandises sur un autre vaisseau nommé *le Ponticheri*, en vertu d'un ordre du Gouverneur de l'Isle-de-France, qui ordonne au Capitaine de l'y recevoir, & il fait pardevant Notaires un acte de protestation, par lequel il déclare qu'ayant été obligé par des ordres supérieurs, de passer avec ses marchandises sur *le Ponticheri*, les risques, dont Pierre donneur *à la grosse* s'étoit chargé sur *le Duc de Penthievre*, devoient à l'avenir être transférés sur *le Ponticheri*. Depuis, *le Ponticheri* fut pris par les Anglois, & *le Duc de Penthievre* arriva à bon port. Pierre demanda le paiement de la somme prêtée, & le profit maritime; Jacques pour s'en défendre soutenoit que les risques avoient été transférés sur *le Ponticheri*, & produisoit un certificat de la Compagnie des Indes, qui attestoit que le Gouverneur de l'Isle-de-France avoit donné ordre au Capitaine du *Ponticheri* de le prendre sur son bord. Pierre repliquoit que ce certificat prouvoit seulement que Jacques, qui ne pouvoit passer sur *le Ponticheri*, sans un ordre donné à ce Gouverneur, avoit obtenu cet ordre; mais qu'il ne prouvoit pas qu'il y eût eu pour Jacques nécessité d'y passer; que sans un cas de nécessité, Jacques n'avoit pas pu, sans le consentement de Pierre, changer sa condition, & le soumettre aux risques du *Ponticheri*, au lieu de ceux du *Duc de Penthievre*, dont il s'étoit chargé. Par Sentence de l'Amirauté du 23 Juin 1758, dont il n'y a pas eu d'appel, Jacques fut condamné à payer.

## §. IV.

### *Du profit maritime.*

19. Il ne peut pas y avoir de contrat de prêt *à la grosse-aventure*, s'il n'y a un *profit maritime* stipulé par le contrat, c'est-à-dire, une certaine somme d'argent, ou quelqu'autre chose que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur, outre la somme prêtée, pour le prix des risques dont il s'est chargé.

Si quelqu'un prêtoit une somme d'argent à un armateur pour un certain voyage, avec la clause qu'il ne seroit pas tenu de la rendre en cas de perte, ou de

priſe de ſon vaiſſeau par quelqu'accident de force majeur, ſans exiger de lui pour cela aucun profit maritime, ce contrat ne ſeroit pas un contrat de prêt *à la groſſe-aventure*, mais ce ſeroit un contrat de prêt mêlé de donation de la ſomme prêtée, en cas de perte, ou priſe du vaiſſeau, laquelle donation ſeroit valable par la tradition qui a été faite des deniers, pourvu qu'elle fut faite entre perſonnes capables.

20. Le profit maritime de ce contrat de prêt *à la groſſe*, conſiſtoit chez les Romains dans un certain intérêt de la ſomme prêtée, qu'on appelloit *nauticum fœnus* ou *uſura nautica*, qui couroit pendant tout le temps que duroit les riſques.

Avant la Conſtitution de Juſtinien, le taux n'en étoit pas réglé, & étoit laiſſé à la libre diſpoſition des parties contractantes: *Trajectitia pecunia propter periculum creditoris, quandiù navigat navis, infinitas uſuras recipere poteſt*; Paul. *Sent.* II, 14, 3.

Mais par la Loi 26, *Cod. pe uſur.* Juſtinien, après avoir défendu la *Centéſime*, (qui eſt l'intérêt d'un pour cent par mois) dans les prêts ordinaires, le permet dans ce contrat; mais défend de ſtipuler un intérêt plus fort.

Selon nos uſages, le profit maritime ne conſiſte dans un intérêt, à raiſon de tant pour cent par mois, que lorſque l'emprunt *à la groſſe* eſt fait pour un temps limité de navigation. Mais lorſque l'emprunt eſt fait pour un voyage à un certain lieu, le profit maritime dont on convient, conſiſte ordinairement dans une certaine ſomme fixée à raiſon de tant pour cent. Au reſte, ſoit qu'il conſiſte dans un intérêt, ſoit qu'il conſiſte dans une ſomme fixe, la quantité n'en eſt limitée par aucune Loi, & elle eſt laiſſée au pouvoir des parties contractantes: la Loi de Juſtinien n'eſt point ſuivie parmi nous.

21. Lorſque l'emprunt eſt fait pour l'aller & le retour, on convient aſſez ſouvent, que ſi le vaiſſeau n'eſt pas de retour au bout d'un certain temps, le profit maritime augmentera à raiſon de tant pour cent par mois, depuis l'expiration de ce temps juſqu'au retour.

22. Comme les riſques ſont plus grands en temps de guerre, on convient quelquefois d'une certaine augmentation de profit maritime, en cas que la guerre ſurvienne; mais s'il n'y a pas de convention, la ſurvenance de la guerre, lorſque le contrat a été fait en temps de paix, donne-t-elle au donneur *à la groſſe* le droit de demander une augmentation du profit maritime? On peut dire en ſa faveur, que la Juriſprudence ayant trouvé juſte d'accorder aux aſſureurs une augmentation de *prime*, lorſque la derniere guerre eſt ſurvenue, il paroît qu'il y a même raiſon pour accorder au donneur *à la groſſe* une augmentation de profit maritime, puiſque ce donneur *à la groſſe* ſe trouve, de même qu'un aſſureur, expoſé par la ſurvenance de la guerre, à beaucoup plus de riſques. On peut dire au contraire, qu'on ne peut pas tirer d'argument en faveur du donneur *à la groſſe*, de ce qui a été donné en faveur des aſſureurs: c'eſt par une raiſon de faveur *contra rationem juris, &c.* que cela a été ainſi décidé, comme nous l'avons fait voir en notre *Traité des Aſſurances*, *n.* 83: or c'eſt un principe que *quod contra rationem juris receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias.*

## §. V.

### *Du conſentement.*

23. Il faut pour la validité du contrat du prêt *à la groſſe*, de même que pour celle de tous les contrats, que le conſentement des parties intervienne ſur les choſes qui compoſent la ſubſtance du contrat.

Il doit donc intervenir, 1°. ſur la ſomme prêtée ; c'eſt-à-dire, qu'il faut que le prêteur ait voulu prêter, & que l'emprunteur ait voulu emprunter la ſomme qui fait l'objet du contrat ; & ce conſentement eſt ſuffiſamment juſtifié, lorſque le prêteur, ou quelqu'un de ſa part, a compté la ſomme à l'emprunteur, qui l'a reçue, ſoit par lui-même, ſoit par un autre à qui il avoit donné ordre de la recevoir.

24. Le conſentement des parties contractantes doit intervenir, 2°. ſur les effets ſur leſquels ſe fait le prêt *à la groſſe*. C'eſt pourquoi ſi je crois prêter une certaine ſomme à un armateur ſur le vaiſſeau *le Lys*, & qu'il croie l'emprunter ſur le vaiſſeau *l'Alcide*, le contrat ſera nul, faute de conſentement ſur les choſes ſur leſquelles le prêt eſt fait. Mais ce cas n'arrive jamais ; car on ne manque jamais d'exprimer par l'acte qui doit être dreſſé de ce contrat, le nom du vaiſſeau ſur lequel eſt fait le prêt, & même celui du Capitaine de ce vaiſſeau.

Le conſentement des parties contractantes doit intervenir, 3°. ſur les riſques dont le prêteur ſe charge. Ce conſentement manqueroit ſi les parties n'étoient pas d'accord ſur les genres de riſque dont le prêteur doit être chargé ; mais ce cas n'arrive jamais, les parties étant toujours cenſées être convenues que le prêteur ſeroit chargé des riſques, conformément à ce qui eſt réglé par l'Ordonnance, ſauf de ce qui ſeroit expreſſément ajouté ou dérogé par le contrat, dont il doit y avoir un acte par écrit.

25. Enfin le conſentement des parties doit intervenir, 4°. ſur le profit maritime, c'eſt-à-dire, qu'il faut que l'emprunteur ait voulu s'obliger à payer, en cas d'heureuſe arrivée du vaiſſeau, la même ſomme pour laquelle le donneur *à la groſſe* a voulu ſe charger des riſques maritimes. Au reſte, aucune des parties n'eſt écoutée à diſconvenir qu'elle n'ait pas conſenti à celui qui eſt toujours exprimé par l'acte qui doit être dreſſé du contrat.

## ARTICLE III.

### *De la forme du Contrat de Prêt à la Groſſe.*

26. On doit diſtinguer dans ce contrat deux eſpeces de forme ; celle qui concerne la ſubſtance de ce contrat, & celle qui concerne plutôt la preuve de ce contrat.

Ce contrat étant compoſé du prêt *mutuum*, & d'une convention qui y eſt ajoutée, par laquelle le prêteur ſe charge des riſques maritimes pour un certain prix, il faut pour la formation de ce contrat, de même que pour la formation du prêt *mutuum*, une tranſlation de propriété des deniers prêtés, que le prêteur doit faire à l'emprunteur par la tradition qu'il doit lui en faire ; L. 2, §. 2 & 4, ff. *De rebus cred.*

Lorſque le prêteur n'étoit pas le propriétaire, ou n'avoit pas la libre diſpoſition des deniers qu'il a prêtées, le contrat peche dans la forme, & eſt nul, faute de tranſlation de propriété. Mais ſi l'emprunteur conſomme ces deniers de bonne foi, le contrat devient valable par cette conſomption de bonne foi, qui équipolle à la tranſlation de propriété qui en eût dû être faite. L. 13, L. 19, 55, ff. *d. tit.*

Nous nous étendrons davantage ſur cette matiere, dans un autre *Traité ſur le Contrat de Prêt de conſomption.*

27. Les actes ou écritures qu'on dreſſe de ce contrat, appartiennent à la ſeconde eſpece de forme, qui ne concerne que la preuve de ce contrat. Faute d'un acte qui ait été dreſſé de ce contrat, l'une des parties ne peut en avoir la preuve, ſi l'autre partie en diſconvient, la preuve par témoins n'en étant pas reçue; & elle ne peut par conſéquent pourſuivre l'exécution de ce contrat dans le for extérieur, contre la partie qui ne veut pas en convenir; mais le contrat ne laiſſe pas d'être en ſoi valable, quoiqu'il n'en ait pas été paſſé d'acte, & il oblige les parties dans le for de la conſcience.

28. Même dans le for extérieur, le prêteur peut, à défaut des preuves du contrat, être reçu à déférer à l'emprunteur le ſerment déciſoire ſur la vérité & les conditions du contrat.

29. L'acte ſous ſignature privée, lorſqu'il eſt reconnu ou vérifié, fait la même foi qu'un acte devant Notaire, vis-à-vis de l'emprunteur & de ſes héritiers, ou autres ſucceſſeurs univerſels.

Il n'en eſt pas de même des tiers vis-à-vis deſquels le prêteur voudroit exercer le privilege attaché à ce contrat, dont il ſera parlé en l'article ſuivant; la date des actes ſous ſignature privée, n'eſt pas réputée certaine vis-à-vis des tiers, ſi elle n'eſt conſtatée d'ailleurs que par l'acte.

30. L'Ordonnance, qui a preſcrit en l'*art. 3. du Tit. des Aſſurances*, ce que doit contenir la police d'aſſurance, n'a pas de même preſcrit ce que doit contenir l'acte qui eſt dreſſé d'un contrat de prêt *à la groſſe-aventure*. Mais le bon ſens apprend que cet acte, outre le nom des parties & la ſomme prêtée, doit exprimer ce qui a été ſtipulé pour le profit maritime, le nom du navire ſur lequel le prêt eſt fait, ou ſur lequel eſt le chargement ſur lequel le prêt eſt fait, & celui du Capitaine; comme auſſi pour quel voyage le prêt eſt fait.

La teneur de la convention *de la groſſe-aventure* n'étant pas juſtifiée par un billet où ces choſes ne ſeroient pas exprimées, un tel billet n'eſt pas valable, faute de preuve de la teneur de la convention; mais il peut ſervir de commencement de preuve par écrit, pour faire admettre la preuve par témoins de la teneur de la convention.

31. Pourvu que le billet de prêt *à la groſſe-aventure* ait ſuffiſamment déſigné le navire, il n'eſt pas néceſſaire qu'il exprime les effets que l'emprunteur y avoit, ſur leſquels il a fait l'emprunt: il eſt cenſé l'avoir fait ſur les effets qu'il y avoit. C'eſt pourquoi ſi ce navire eſt péri avec tout ſon chargement, ou a été pris, la convention *de la groſſe-aventure* ne laiſſera pas d'avoir ſon exécution, en juſtifiant par l'emprunteur, qu'il y avoit effectivement un chargement de valeur de la ſomme prêtée, ou plus. M. *Vaſlin* cite un Arrêt d'Aix du 24 Janvier 1748, qui l'a ainſi jugé.

32. Lorſqu'il eſt dit par l'acte, que l'emprunt *à la groſſe* eſt fait ſur un certain navire qui doit partir pour la Martinique, ſans qu'il ſoit exprimé ſi l'emprunt eſt fait pour *l'aller* ſeulement, ou pour *l'aller & le retour*, ſera-t-il cenſé n'être fait que pour *l'aller ?* Si dans un lieu, & au temps ou ce contrat s'eſt paſſé, il s'eſt fait beaucoup d'autres contrats *à la groſſe* pour le même voyage, leſquels portent que c'eſt pour *l'aller & le retour*, & que dans le contrat par lequel on ne s'en eſt pas expliqué, la ſomme convenue pour le profit maritime, ſoit à peu-près ſemblable à celle convenue pour le profit maritime dans les autres contrats faits pour *l'aller & le retour*, la préſomption eſt que ce contrat, par lequel on ne s'eſt pas expliqué, eſt auſſi fait pour *l'aller & le retour.*

Au contraire, ſi la ſomme convenue pour le profit maritime étoit de beaucoup inférieure à celle des autres contrats, la préſomption ſeroit que ce contrat n'auroit été fait que pour *l'aller.*

Si ces préſomptions manquoient, *putà*, parce qu'au temps & dans le lieu où s'eſt fait le contrat *à la groſſe*, par lequel on a manqué de s'exprimer, il ne s'étoit pas paſſé d'autres contrats, je penſe qu'en ce cas, le contrat doit être préſumé fait pour *l'aller & le retour* : car c'eſt une regle en fait d'interprétation, que les contrats doivent s'interpréter ſelon ce qui eſt le plus d'uſage : or l'uſage eſt que ces emprunts ſe faſſent pour *l'aller & le retour*, & c'eſt pour cela que ce contrat a le nom *de Contrat de prêt à retour de voyage.* Une autre regle vient encore à l'appui de celle-ci ; ſçavoir, que dans le doute on préfere l'interprétation la plus favorable au débiteur.

## ARTICLE IV.

### *De l'obligation que forme le contrat à la Groſſe ; de la condition dont elle dépend ; & de l'action qui en naît.*

### §. I.

### *De l'obligation qui forme le contrat à la Groſſe ; & de la condition dont elle dépend.*

33. Le contrat de prêt *à la groſſe-aventure* eſt, comme nous l'avons déja dit, un contrat *uni-latéral*, qui ne forme d'obligation que de la part de l'emprunteur.

L'emprunteur contracte par ce contrat, envers le prêteur, l'obligation de lui rendre la ſomme prêtée, & de lui payer en outre le profit maritime convenu ; mais il ne la contracte même pour la reſtitution de la ſomme principale, que ſous une condition, *s'il ne ſurvient pas quelqu'accident de force majeure, qui cauſe la perte des effets ſur leſquels le prêt eſt fait.*

34. Cette condition, lorſque le prêt *à la groſſe* a été fait pour l'aller & le retour d'un voyage, exiſte par le retour du vaiſſeau qui revient avec des marchandiſes, qui ont remplacé celles ſur leſquelles le prêt a été fait, & qui les repréſentent.

Il ſuffit même, pour que la condition exiſte, qu'il ne ſoit arrivé durant tout le temps de l'aller & du retour, aucun accident de force majeure, qui ait cauſé la perte

perte des effets ſur leſquels le prêt a été fait, ou de ceux chargés en retour qui les repréſentoient, quand même ils auroient été perdus par quelqu'autre cauſe provenante ou du vice de la choſe, ou de la faute des gens du vaiſſeau.

35. Pareillement, lorſque le prêt n'a été fait que pour l'aller, & non pour le retour, non-ſeulement l'heureuſe arrivée des effets ſur leſquels le prêt a été fait au lieu de leur deſtination, fait exiſter la condition de l'obligation de l'emprunteur; elle exiſte auſſi lorſque leſdits effets ſont péris par quelque cauſe qui n'eſt pas une force majeure, & dont le prêteur n'eſt pas tenu.

36. Lorſque le prêt *à la groſſe* eſt fait pour un temps limité, la condition de l'obligation de l'emprunteur, exiſte par l'expiration de ce temps, ſans qu'il ſoit arrivé, durant ce temps, aucun accident de force majeure, qui ait cauſé la perte des effets ſur leſquels le prêt a été fait.

37. En général, la condition du contrat, & de l'obligation qu'il renferme, exiſte, lorſque pendant qu'ont duré les riſques dont le prêteur s'eſt chargé, il n'eſt arrivé aucun des accidens de force majeure dont le prêteur s'eſt chargé, qui ait cauſé la perte des effets ſur leſquels le prêt a été fait. Et au contraire, ſi pendant ce temps il en eſt ſurvenu quelqu'un qui ait cauſé la perte deſdits effets, la condition défaillit, & la défaillance de la condition rend nul le contrat & l'obligation de l'emprunteur que ce contrat renfermoit, qui n'avoit été contractée que ſous cette condition. C'eſt la diſpoſition de l'*art.* 11.

38. *Quid*, ſi le prêteur n'a couru aucuns riſques; *putà*, parce que le voyage a été rompu? L'emprunteur ſera bien obligé en ce cas de rendre la ſomme qui lui a été prêtée; mais il ne ſera pas obligé de payer en outre la ſomme qu'il a promis de payer pour le profit maritime. Car le profit maritime étant le prix des riſques que le prêteur devoit courir des effets ſur leſquels le prêt a été fait, il ne peut lui être dû de profit maritime quand il n'a couru aucuns riſques, ne pouvant pas y avoir un prix des riſques, s'il n'y a pas eu de riſques. La condition qu'il y aura des riſques à courir, eſt une condition qui eſt eſſentiellement renfermée dans l'obligation que l'emprunteur a contractée de payer le prix des riſques: *Tacitè ineſt ex naturâ rei in obligationem deductæ.*

C'eſt par une ſemblable raiſon que la *prime* ſtipulée par un contrat d'aſſurance, étant le prix des riſques que doivent courir les aſſureurs durant le voyage, elle ne leur eſt pas due lorſque le voyage a été rompu, ſuivant l'*art.* 37 *du Titre des Aſſurances.*

39. Le profit maritime n'eſt pas dû au prêteur, quand même ce ſeroit par le fait de l'emprunteur, que le voyage auroit été rompu. Car de quelque maniere qu'il l'ait été, il ſuffit qu'il l'ait été, & qu'en conſéquence le prêteur n'ait couru aucun riſque pour qu'il ne puiſſe pas y avoir de profit maritime, ne pouvant pas y avoir un prix des riſques, lorſqu'il n'y a pas eu de riſques.

Il y a ſeulement cette différence entre le cas auquel ce ſeroit par le fait de l'emprunteur, & celui auquel il l'auroit été ſans ſon fait; *putà*, parce que depuis le contrat, & avant le départ du navire, le commerce auroit été interdit avec le lieu de ſa deſtination. Au premier cas, l'emprunteur ne doit pas, à la vérité, le profit maritime au prêteur; mais il lui doit le change ou intérêt de la ſomme prêtée juſqu'au paiement, par forme de dommages & intérêts de l'inexécution de la *groſſe-aventure.* Car le prêteur qui n'a prêté ſes deniers que

dans l'espérance d'en retirer un profit maritime, si le voyage pour lequel il les prêtoit, s'exécutoit; & qui n'eût pas voulu les prêter sans cela, doit être dédommagé par l'emprunteur, par le fait duquel le voyage a été rompu, de l'usage qu'il auroit pu faire dans son commerce de cet argent; & cet intérêt ou change en est l'estimation.

Cette décision se tire par argument de l'*art.* 15, rapporté *suprà*, *n.* 13. Cet article qui est dans l'espece d'un emprunteur, dont les effets sur lesquels le prêt est fait, ne sont pas de la valeur de la somme prêtée, décide que le prêteur qui ne court pas les risques de ce qui en manque, ne peut en conséquence prétendre le profit maritime pour raison de ce qui en manque; mais que l'emprunteur lui en doit le change ou intérêt, suivant le cours de la place où le contrat a été passé.

Dans le second cas, l'emprunteur ne peut être tenu d'aucuns dommages & intérêts par l'inexécution du voyage, puisque c'est sans son fait qu'il a été rompu; il ne doit donc pas en ce cas le change mentionné en l'*art.* 15, qui est dû dans le cas précédent. Le prêteur ne peut prétendre, dans ce cas-ci, d'autre intérêt, que l'intérêt légal du jour seulement que l'emprunteur a été mis en demeure par une interpellation judiciaire.

40. Lorsque le prêteur a commencé à courir les risques, quoiqu'il ne les ait pas courus pendant tout le temps qu'il devoit les courir, le voyage ayant été abrégé, le profit maritime ne laisse pas de lui être dû en entier, s'il n'est arrivé aucun accident de force majeure qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait, l'Ordonnance l'ayant décidé ainsi pour la *prime* dans le contrat d'assurance; *Tit. des assur. art.* 27. Il y a une entiere parité de raison pour décider de même, à l'égard du profit maritime dans ce contrat; Voyez notre *Traité du Contrat d'assurance*, *n.* 184.

41. Le Parlement d'Aix a poussé si loin ce principe, que dans le cas auquel le contrat de prêt *à la grosse* a été fait pour l'aller & le retour du navire, & qu'il a été stipulé un seul profit maritime, tant pour l'aller, que pour le retour, il a jugé que le profit maritime étoit dû en entier au prêteur, quoiqu'il n'y eût pas eu de retour. M. *Vaslin* cite deux Arrêts des 7 Août 1736, & 8 Août 1741. Néanmoins l'Ordonnance ayant décidé pour le contrat d'assurance, que l'assurance ayant été faite pour l'aller & le retour, les assureurs étoient obligés de rendre le tiers de la *prime*, lorsqu'il n'y a pas de retour, il y a même raison de décider pour le prêt *à la grosse*, que le prêteur doit souffrir la déduction du tiers du profit maritime, lorsqu'il n'y a pas eu de retour. M. *Vaslin* paroît être de ce sentiment, nonobstant les Arrêts contraires qu'il rapporte; Voyez à cet égard notre *Traité du Contrat d'Assurance*, *n.* 187.

42. La condition du contrat de prêt *à la grosse*, & de l'obligation de l'emprunteur qu'il renferme, existe lorsque pendant tout le temps des risques, les effets sur lesquels le prêt a été fait, n'ont été ni pris ni perdus, quelqu'endommagés qu'ils aient été par des accidens de force majeure; & l'emprunteur en conséquence est obligé, en ce cas, de rendre au prêteur la somme prêtée, & de lui payer le profit maritime, sans qu'il puisse prétendre aucune déduction pour la détérioration des effets sur lesquels le prêt a été fait. C'est ce qui est formellement décidé par l'*art.* 16, qui dit que les donneurs *à la grosse* ne doi-

vent pas contribuer *aux ſimples avaries, ou dommages particuliers qui pourroient arriver, s'il n'y a convention contraire.* En cela le prêteur eſt dans ce contrat, de meilleure condition que ne le ſont les aſſureurs dans le contrat d'aſſurance, leſquels, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat d'Aſſurance*, ſont obligés d'indemniſer l'aſſuré juſqu'à concurrence de la ſomme aſſurée, de tous les dommages cauſés par quelque force majeure ſur les effets aſſurés. La raiſon de différence eſt, que par le contrat d'aſſurance les aſſureurs s'obligent d'indemniſer l'aſſuré de toutes pertes & dommages généralement quelconques qui arriveront ſur les effets aſſurés : au lieu que par le contrat de prêt *à la groſſe*, le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur ; c'eſt au contraire l'emprunteur qui s'oblige, ſous la condition, à la vérité, que les effets ſur leſquels le prêt eſt fait, ne ſeront ni pris, ni perdus par force majeure ; mais cette condition exiſte, lorſqu'effectivement ils n'ont été ni pris, ni perdus, quoiqu'ils aient été endommagés.

43. L'*article* 16 dit, que le donneur *à la groſſe* ne ſera tenu des avaries ſimples, ou dommages particuliers, *s'il n'y a convention contraire.* On peut donc valablement convenir par ce contrat, qu'en cas d'avaries & détériorations des effets ſur leſquels le prêt eſt fait, qui arriveroient par force majeure, l'obligation de rendre la ſomme prêtée, ſera réduite à la ſomme à laquelle la valeur deſdits effets auroit été réduite par leſdites avaries ou détériorations.

44. Il n'en eſt pas de même des *avaries communes*, comme des *avaries ſimples.* Le même *art.* 16, ci-deſſus cité, décide que le prêteur, qu'il appelle *donneur à la groſſe*, eſt tenu (à la décharge du propriétaire des effets ſur leſquels le prêt a été fait, c'eſt à-dire, de l'emprunteur) de la contribution aux avaries communes, qui eſt due pour raiſon deſdits effets.

On appelle *avaries communes*, ou *groſſes avaries*, les pertes & dépenſes que le propriétaire du navire, ou quelqu'un des propriétaires des effets qui y ſont chargés, a faites pour le ſalut commun. Telle eſt la perte du jet des marchandiſes les plus peſantes qu'on a jettées dans la mer, pour alléger le vaiſſeau dans le cas d'une tempête ; celle du dommage qu'on a dans un pareil cas cauſé au vaiſſeau dont on a coupé les mâts & les cables ; la rançon payée à un Corſaire, &c. Ces pertes ſont dites *avaries communes*, parce qu'ayant été faites pour *le ſalut commun*, c'eſt-à-dire, pour la conſervation, tant du navire, que de toutes les marchandiſes qui y étoient chargées, elles doivent être ſupportées par tous ceux qui avoient intérêt à la conſervation du navire & des marchandiſes, au prorata & à proportion de l'intérêt que chacun d'eux avoit.

Le prêteur *à la groſſe*, étant celui qui avoit intérêt à la conſervation des effets ſur leſquels le prêt a été fait, puiſque la perte deſdits effets lui fait perdre la ſomme qu'il a prêtée ſur leſdits effets, au contraire l'emprunteur, propriétaire deſdits effets, ne perdant rien par la perte deſdits effets, puiſque par cette perte il eſt libéré du prix qu'il en devoit, il s'enſuit que c'eſt le prêteur qui doit, comme le véritable intéreſſé à la conſervation deſdits effets, contribuer plutôt que l'emprunteur, aux *avaries communes*, ſouffertes pour la conſervation commune du navire & des marchandiſes, dont leſdits effets faiſoient partie. Cela n'eſt pas contraire à ce que nous avons dit, que le prêteur ne contracte par le contrat de prêt *à la groſſe*, aucune obligation envers l'emprunteur ; car

cette obligation de contribuer aux avaries communes, n'eſt pas une obligation qui naiſſe directement du prêt, ni qui ſoit proprement contractée envers l'emprunteur; c'eſt plutôt envers celui qui a procuré à ſes dépens la conſervation des effets, qu'elle eſt contractée; & elle naît de la regle d'équité, qui veut que ce qu'il en coûte à quelqu'un pour une affaire commune, ſoit porté par tous ceux qui y ont intérêt.

45. L'obligation de contribuer aux avaries communes, étant une obligation que le prêteur *à la groſſe* contracte envers celui qui a procuré à ſes dépens la conſervation du navire & des effets qui y étoient chargés, plutôt qu'envers l'emprunteur: cette obligation n'empêche pas que celle que l'emprunteur a contractée envers lui par le contrat de prêt *à la groſſe*, ne ſubſiſte en entier, & qu'en conſéquence le profit maritime ne lui ſoit dû en entier. Si lorſque l'emprunteur a acquitté de ſes deniers cette contribution, pour pouvoir retirer ſes effets qui y étoient affectés, le prêteur eſt obligé de lui en faire déduction, ce n'eſt que parce qu'il a acquitté cette dette pour lui, de même qu'il ſeroit obligé de lui faire de toute autre choſe qu'il auroit payée pour lui.

46. Pourroit-on valablement convenir par le contrat de *groſſe-aventure*, que la contribution aux avaries communes ne ſeroit pas à la charge du prêteur? M. *Vaſlin* reprend avec raiſon l'ancien Commentateur, qui décide cette queſtion pour l'affirmative: une telle convention ſeroit manifeſtement injuſte. Les termes, *s'il n'y a convention contraire*, qui ſont à la fin de l'*art.* 16, ne doivent donc ſe rapporter qu'à la ſeconde partie de cet article, qui porte que les avaries ſimples ſont à la charge de l'emprunteur, & non à la premiere qui concerne cette contribution.

47. Nous avons vu que l'arrivée à bon port des effets ſur leſquels le prêt a été fait, quelqu'endommagés qu'ils aient été par quelqu'accident de force majeure, faiſoit exiſter la condition de l'obligation de l'emprunteur, qui devoit, en ce cas, rendre en entier la ſomme prêtée, & payer le profit maritime. *Quid*, s'il n'étoit revenu qu'une partie deſdits effets, & que le ſurplus eût été perdu ou pris? La condition, en ce cas, n'exiſte que juſqu'à concurrence de la valeur de ce qui eſt reſté, & elle défaillit pour le ſurplus. C'eſt ce qui eſt décidé par l'*art.* 17, qui dit: « ſeront toutes-fois, en cas de naufrage, les contrats » *à la groſſe-aventure*, réduits à la valeur des effets ſauvés.

Le cas du naufrage n'eſt énoncé dans cet article, que comme un exemple. Il en doit être de même dans tous les cas auxquels par une force majeure, une partie des effets ſur leſquels le prêt a été fait, a été perdue, & le ſurplus ſauvé; comme lorſque des Pirates ont pillé le vaiſſeau, & ont emporté une partie deſdits effets, & laiſſé le reſte.

Dans tous ces cas l'Ordonnance veut que le contrat ſoit réduit à la valeur des effets ſauvés.

48. L'emprunteur doit-il en ce cas le profit maritime, à proportion de la ſomme à laquelle monte la valeur des effets ſauvés? Non; car lorſque l'Ordonnance, *art.* 17, dit: *ſeront.....les contrats à la groſſe, réduits à la valeur des effets ſauvés*, ce terme, LES CONTRATS, comprend toutes les obligations que le contrat renferme, l'obligation de rendre la ſomme prêtée, & celle de payer le profit maritime: toutes ces obligations ſont *réduites à la valeur des effets*. Le

prêteur ne peut donc demander pour tout ce qui lui eſt dû par le contrat, que la valeur des effets ſauvés, & rien de plus. Il ne peut donc pas demander un profit maritime, outre la valeur des effets ſauvés.

49. Lorſque le prêt *à la groſſe* a été fait ſur les effets d'un chargement, d'une valeur qui excédoit la ſomme prêtée, le contrat, en cas de naufrage, ou autre ſemblable accident, doit-il être réduit à la valeur du total des effets de ce chargement qui ont été ſauvés, ou ſeulement à la valeur d'une portion des effets ſauvés, qui fût en même raiſon qu'étoit la ſomme prêtée à la valeur du chargement? Par exemple, ſi on a prêté *à la groſſe* une ſomme de quinze mille livres, ſur un chargement de vingt mille livres, & que le total des effets de ce chargement qui ont été ſauvés du naufrage, monte à quatre mille livres, le contrat ſera-t-il réduit à la ſomme de quatre mille livres, qui eſt la valeur du total des effets ſauvés, ou ſera-t-il réduit à la ſomme de trois mille livres ſeulement, qui fait la valeur des trois quarts des effets ſauvés, comme la ſomme prêtée qui étoit de quinze mille livres, faiſoit les trois quarts de la valeur du chargement qui étoit de vingt mille livres? M. *Vaſlin* décide que le contrat doit être réduit à la valeur, non du total des effets ſauvés, mais de la portion deſdits effets, qui ſoit en même raiſon avec le total deſdits effets, qu'étoit la ſomme prêtée avec le total du chargement.

Il tire argument pour ſon opinion, de ce qui s'obſerve à l'égard du contrat d'aſſurance. Lorſque quelqu'un a fait aſſurer une certaine ſomme ſur un chargement qui eſt d'une valeur plus conſidérable que n'eſt la ſomme aſſurée, l'aſſuré, pour pouvoir demander, en cas de naufrage ou de quelqu'autre accident ſemblable, la ſomme aſſurée, n'eſt pas obligé de faire aux aſſureurs le délaiſſement du total de ce qui eſt reſté du naufrage; mais ce qui en eſt reſté, ſe répartit entre les aſſureurs & l'aſſuré, au prorata de l'intérêt que chacun avoit au chargement. Par exemple, ſi ſur un chargement de 20000 liv. on a aſſuré une ſomme de 15000 liv., qui en fait les trois quarts, le délaiſſement de ce qui eſt reſté du naufrage doit ſe faire ſeulement pour les trois quarts aux aſſureurs, aux riſques deſquels étoit le chargement, juſqu'à concurrence de la ſomme de 15000 liv., qui en faiſoit les trois quarts; l'autre quart de ce qui eſt reſté du naufrage, doit reſter à l'aſſuré qui avoit intérêt pour un quart au chargement. Pareillement, conclut M. *Vaſlin* dans le contrat de prêt *à la groſſe*, qui eſt analogue à celui *d'aſſurance*, lorſque le prêt *à la groſſe* a été fait ſur un chargement d'une valeur plus conſidérable, que n'eſt la ſomme prêtée, ce qui en reſte, en cas de naufrage, ou de quelqu'autre accident ſemblable, ne doit pas profiter au prêteur ſeul, & le contrat ne doit pas en conſéquence ſubſiſter juſqu'à la concurrence de la valeur du total de ce qui eſt reſté du naufrage; mais il doit s'en faire une répartition entre le prêteur & l'emprunteur, à proportion de l'intérêt que chacun avoit au chargement. Par exemple, ſi ſur un chargement de 20000 liv. on a fait à quelqu'un un prêt *à la groſſe* d'une ſomme de 15000 liv., qui fait les trois quarts de la valeur du chargement, le prêteur qui a intérêt à ce chargement pour les trois quarts, puiſqu'il eſt à ſes riſques juſqu'à concurrence de la ſomme prêtée, qui en fait les trois quarts, doit profiter de ce qui en reſte pour les trois quarts; & en conſéquence ſa créance doit ſubſiſter juſqu'à concurrence de la valeur des trois quarts de ce

qui en reste ; mais l'autre quart de ce qui reste, doit demeurer franc du prêt à l'emprunteur, aux risques duquel le chargement étoit pour un quart.

Cette opinion a d'abord quelque chose de spécieux ; mais elle se trouve formellement rejettée par l'article 18. Il est dit par cet article : « s'il y a contrat » *à la grosse* & *assurance*, sur un même chargement, le donneur sera préféré aux » assureurs sur les effets sauvés, pour le capital seulement. »

Dans l'espece de cet article, qui suppose un contrat *à la grosse*, & un *d'assurance* sur un même chargement, il faut supposer nécessairement que le prêt *à la grosse* a été fait sur un chargement d'une valeur plus considérable que la somme prêtée ; autrement il ne pourroit pas y avoir de contrat d'assurance. Supposons pour exemple de cet article 18, que Jacques a emprunté par un contrat *à la grosse* de Pierre, une somme de 5000 livres, sur un chargement de marchandises, si ce chargement n'étoit que de 5000 livres, Jacques n'auroit pu rien faire assurer de ce chargement, cela lui étant interdit par l'*art. 16 du Tit. des assurances*, & par les raisons que nous avons rapportées en notre *Traité du Contrat d'Assurance*, *n.* 31. Mais si nous supposons que le chargement étoit de 10000 livres, Jacques a pu en ce cas faire assurer, dans ce chargement, les 5000 livres, dont il excede la somme qu'il a prise *à la grosse* de Pierre. Supposons à présent que ce chargement a péri, & qu'on n'en a sauvé que pour 4000 livres ; notre art. décide que Pierre qui a donné *à la grosse* sur ce chargement une somme de 5000 livres, sera préféré aux assureurs qui ont assuré le chargement pour les 5000 livres, dont le chargement excédoit la somme prêtée, & par conséquent à Jacques dont ceux qui l'ont assuré, ont les droits. Cet article décide donc que le prêt à la grosse subsiste pour le total des effets sauvés, quoique le chargement excédât la somme prêtée, & que l'emprunteur ne peut rien prétendre dans les effets sauvés, pour raison & à proportion de ce dont le chargement sur lequel il a fait l'emprunt, excédoit la somme prêtée.

M. *Vaslin* qui a bien senti que cet article détruisoit son opinion, a prétendu qu'il devoit être restreint à une espece particuliere qu'il a imaginée. Il dit qu'on doit supposer dans l'espece de cet article, que le prêt *à la grosse* a d'abord été fait sur un chargement de valeur égale à la somme prêtée, & que les marchandises remplacées & chargées en retour, s'étant trouvé excéder la valeur du premier chargement & de la somme prêtée, l'emprunteur a fait assurer l'excédent du retour : ce n'est que dans cette espece particuliere, suivant M. *Vaslin*, que le prêteur doit être préféré aux assureurs, & que le contrat doit subsister jusqu'à concurrence de la valeur du total des effets sauvé.

Cette interprétation ne peut se soutenir ; il est contre toutes les regles de l'interprétation, de restreindre à un cas particulier une disposition conçue en termes aussi généraux que l'est celle de l'art. 18.

Il ne reste plus qu'à rendre la raison de la différence qu'il y a entre le contrat *d'assurance*, & le contrat *à la grosse*, à l'égard des effets sauvés. Lorsqu'on fait assurer une certaine somme sur un chargement d'une valeur plus considérable que n'est la somme assurée ; *puta*, lorsque sur un chargement de 20000 livres on fait assurer une somme de 15000 livres, on ne peut pas dire que le chargement soit assuré pour le total, cela impliqueroit contradiction ; il ne l'est que pour les trois quarts ; & comme il est fait indéterminément, & non sur aucuns des effets

du chargement, plutôt que ſur d'autres, chacun des effets du chargement eſt aſſuré pour les trois quarts. Les effets de ce chargement n'étant donc aſſurés que pour les trois quarts, le délaiſſement n'en doit être fait que pour les trois quarts, l'aſſuré n'étoit tenu de délaiſſer que ce qui eſt aſſuré. Mais lorſque ſur un chargement de 20000 livres on prête *à la groſſe* une ſomme de 15000 livres, qui n'en fait que les trois quarts, rien n'empêche que le prêt, quoique d'une ſomme de 15000 livres ſeulement, ne puiſſe être fait ſur le total du chargement de 20000 livres, c'eſt-à-dire, à condition que l'emprunteur ne ſera tenu de rendre la ſomme de 15000 livres, que dans le cas auquel il n'arriveroit aucun accident de force majeure qui en cauſeroit la perte, & que dans le cas de quelqu'un deſdits accidens, le contrat ne ſubſiſteroit que juſqu'à concurrence de la valeur de ce qui reſtoit dudit chargement. Cette convention n'a rien qui implique contradiction, ni qui bleſſe la Juſtice.

L'Ordonnance à la vérité ne permet pas de faire le prêt *à la groſſe* ſur des effets qui ſeroient de moindre valeur que la ſomme prêtée; mais elle ne défend pas, *vice versâ*, de le faire ſur des effets qui ſoient de plus grande valeur, & de le faire ſur le total deſdits effets, quoique de plus grande valeur. Au moins c'eſt ce qui eſt en queſtion; & bien loin qu'on puiſſe prouver que cela eſt défendu, l'article 18 ſuppoſe au contraire que cela eſt permis.

Il eſt vrai que lorſque le prêt *à la groſſe* eſt fait ſur un chargement d'une valeur plus conſidérable que la ſomme prêtée, le prêteur a plus d'avantage que s'il eût été fait, comme il pouvoit l'être, ſur un chargement qui n'eût été que d'une valeur égale à la ſomme prêtée; mais cela n'empêche pas que ce prêt *à la groſſe* ne puiſſe être équitable, parce qu'on peut ſuppoſer en ce cas que le prêteur a compenſé cet avantage en ſtipulant un profit maritime moindre que celui qu'il eût ſtipulé, ſi ce chargement ſur lequel le prêt a été fait, n'eût été que de valeur égale à la ſomme prêtée.

Le ſeul cas auquel l'opinion de M. Vaſſin doit être ſuivie, & auquel il ſe doit faire une répartition des effets ſauvés du naufrage, entre le prêteur & l'emprunteur, ou les aſſureurs qui ſont aux droits de l'emprunteur, eſt celui auquel il eſt exprimé par le contrat, que le prêt n'eſt fait que ſur une partie du chargement, *putà* ſur les deux tiers, ſur les trois quarts. Dans ce cas ſeulement, les effets de ce chargement qui ont échappé au naufrage ne ſe trouvant affectés que pour une portion au prêt, le contrat de prêt ſera réduit à la valeur, non du total, mais de cette portion des effets; & ces effets pour le ſurplus demeureront francs du prêt à l'emprunteur; ou s'ils ont été aſſurés pour le ſurplus, ils devront, pour le ſurplus, être délaiſſés aux aſſureurs.

## §. II.

### *De l'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur par le contrat à la Groſſe.*

50. De l'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de prêt *à la groſſe aventure*, naît une action perſonnelle qu'a le prêteur contre l'emprunteur pour lui demander la reſtitution de la ſomme prêtée, & le profit maritime convenu par le contrat.

C'eſt l'accompliſſement de la condition dont cette obligation dépend, qui donne ouverture à cette action.

51. Le demandeur peut, par cette action, demander les intérêts de la ſomme prêtée, à compter du jour de la demande. Il n'en eſt pas de même du profit maritime : ce profit étant un acceſſoire & une eſpece d'intérêt de la ſomme prêtée, *nautica uſura*, *nauticum fœnus*, on ne peut pas en demander d'intérêt ; ce ſeroit un intérêt d'intérêt ; ce ſeroit un *Anatociſme* que les Loix défendent ; *acceſſio acceſſionis non eſt.*

52. Le prêteur a un privilege pour cette action.

Lorſque le prêt eſt fait ſur le corps & quille du vaiſſeau pour les néceſſités du voyage, le prêteur, ſuivant l'article 7, a un privilege, non-ſeulement ſur le navire, mais ſur ſes *agrès & apparaux*, *armement & vituailles*, même ſur le *fret* qui eſt dû par les Marchands qui auroient des marchandiſes chargées ſur le navire : le preteur peut en conſéquence ſaiſir & arrêter le fret entre les mains de ceux qui en ſont débiteurs.

Le prêteur, pour exercer ce privilege, n'a pas beſoin de produire des pieces juſtificatives que les deniers prêtés ont effectivement ſervi à l'équipement & à l'armement du vaiſſeau. Il ſuffit, ſelon M. Vaſlin ſur ledit article 7, qu'il ſoit dit par le contrat, que le prêt eſt fait *ſur le corps & quille* du vaiſſeau, pour qu'il y ait préſomption que les deniers ont effectivement ſervi à l'équipement du vaiſſeau, quand même il ne ſeroit pas exprimé que le prêt a été fait *pour les néceſſités du voyage.*

53. Lorſqu'il a été fait un prêt avant le départ du vaiſſeau pour l'armer & l'équiper, & qu'il en a été fait un autre durant le voyage pour le radouber, ou pour d'autres néceſſités du vaiſſeau, le privilege de celui-ci va devant le privilege du prêt fait avant le départ : c'eſt ce qui eſt décidé par l'Ordonnance. *Tit. de la ſaiſie des vaiſſeaux, &c. art.* 16. La raiſon eſt, qu'en vain le vaiſſeau auroit-il été armé & équipé, ſi par les accidens ſurvenus durant le voyage, le vaiſſeau n'eût pu le continuer. Le ſecond prêteur en mettant par le prêt de ſes deniers le vaiſſeau en état de continuer ſon voyage, a conſervé au premier prêteur ſon gage : *ſalvam fecit pignoris cauſam, utiliter ejus negotium geſſit* ; & par conſéquent il doit être préféré au premier.

54. Les privileges de l'un & de l'autre ne vont, ſuivant l'article cité, qu'après celui des matelots & autres gens de mer pour leurs *loyers* : car en vain le vaiſſeau auroit-il été équipé, en vain auroit-il été radoubé & réparé pendant le voyage, s'il n'eût été conduit au lieu de ſa deſtination par le travail deſdits matelots & gens de mer.

Mais ſuivant le même article, les privileges de l'un & de l'autre vont avant celui des Marchands qui ont chargé des marchandiſes ſur le navire.

Lorſque que quelqu'un à prêté à un Armateur des deniers pour un premier voyage, & qu'après ce voyage, au lieu de les exiger, il les lui a laiſſés à pareil titre de prêt pour un ſecond voyage, il ne va qu'après celui qui a prêté & compté réellement des deniers pour ce ſecond voyage, *art.* 10, *du Tit. du Contrat à la groſſe* ; car la préſomption eſt, que c'eſt plutôt des deniers de celui-ci que le vaiſſeau a été équipé.

55. Le prêteur qui a prêté ſur le corps & quille du vaiſſeau, a privilege, ſoit que

que le prêt ait été fait au propriétaire du vaiſſeau, ſoit qu'il ait été fait au maître ſon prépoſé; car le fait du prépoſé oblige ſon commettant.

Si néanmoins le prêt avoit été fait dans le lieu de la demeure des propriétaires, il n'obligeroit pas le propriétaire ſans ſon conſentement exprès, le propriétaire étant cenſé n'avoir prépoſé le maître pour les affaires du vaiſſeau, qu'en cas d'abſence, & pour ce qu'il ne pourroit pas commodément faire par lui-même. C'eſt pourquoi le prêteur ne peut avoir en ce cas de privilege, que ſur la part que le maître pourroit avoir au vaiſſeau, ou au fret. C'eſt la diſpoſition de l'*art.* 8.

Néanmoins ſi le maître, propriétaire pour quelque portion du vaiſſeau, avoit aſſigné ſes copropriétaires pour contribuer à des dépenſes néceſſaires à faire au vaiſſeau, & qu'il eût été autoriſé ſur leur refus à emprunter *à la groſſe* des deniers pour les faire, celui qui prêteroit en ce cas les deniers en exécution de la Sentence, auroit privilege ſur les parts des propriétaires qui ont refuſé de contribuer, quoiqu'ils n'aient pas conſenti à leur prêt. Car la Sentence qui autoriſe le maître à faire l'emprunt, ſupplée & équipolle en ce cas à leur conſentement. C'eſt la diſpoſition de l'article 9.

M. Vaſlin obſerve fort bien ſur cet article, qu'il faut pour cela que le maître ait obtenu Sentence qui l'ait autoriſé à faire l'emprunt; & qu'une ſimple ſommation par laquelle il auroit mis ſes copropriétaires en demeure de contribuer, ne ſeroit pas ſuffiſante, comme l'avoit penſé l'ancien Commentateur.

56. Lorſque le prêt a été fait ſur un chargement de marchandiſes, il n'a de privilege que ſur les marchandiſes de ce chargement, quand même il auroit été fait au propriétaire du vaiſſeau.

57. Le privilege du prêteur, ſoit ſur le vaiſſeau, ſoit ſur les marchandiſes, a lieu tant pour la reſtitution de la ſomme prêtée, que pour le profit maritime. L'*art.* 7 le dit: *Seront affectés au principal & INTERESTS de l'argent, &c.*

*FIN du Traité du Contrat à la Groſſe-Aventure.*

# TRAITÉ
## DU CONTRAT DU JEU.

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. LA convention qui intervient entre deux joueurs, par laquelle ils conviennent que celui d'entr'eux qui ſera le perdant, donnera une certaine ſomme à celui d'entr'eux qui ſera le gagnant, eſt un contrat de la claſſe des contrats intéreſſés de part & d'autre, & aléatoires.

Quoique le gagnant reçoive la ſomme convenue, ſans rien donner à la place, il ne la reçoit pas néanmoins gratuitement : il la reçoit comme le prix du riſque qu'il a couru de donner pareille ſomme à l'autre, ſi l'autre eût été le gagnant ; ce qui eſt le caractere des contrats intéreſſés de part & d'autre, & aléatoires.

2. Obſervez qu'il y a deux eſpeces de contrats aléatoires. La premiere eſt de ceux par leſquels il n'y a que l'une des parties contractantes qui s'expoſe à un riſque au profit de l'autre partie, laquelle lui paie ou s'oblige de lui payer le prix de ce riſque, ſans qu'elle s'expoſe réciproquement à aucun riſque. Tel eſt le *Contrat d'Aſſurance*. Il n'y a que l'une des parties, c'eſt à-dire l'aſſureur, qui ſe charge des riſques maritimes des effets de l'aſſuré. L'autre partie qui eſt l'aſſuré, lui paie ou s'oblige de lui payer la prime qui eſt le prix de ce riſque, ſans que l'aſſuré s'expoſe de ſon côté à aucun riſque. Il en eſt de même du contrat à la groſſe.

La ſeconde eſpece de contrats aléatoires eſt de ceux par leſquels chacune des parties ſe charge réciproquement d'un riſque, qui eſt le prix de celui dont l'autre ſe charge. De ce nombre eſt le contrat à rente viagere, qu'on appelle auſſi *à fonds perdu*, dont nous avons parlé en notre *Traité du Contrat de Conſtitution*. Par ce contrat, le vendeur court le riſque de ne recevoir rien ou preſque rien pour la choſe qu'il vend à l'acheteur, ſi le vendeur venoit à mourir peu après le contrat ; & ce riſque que court le vendeur, eſt le prix de celui que court de ſon côté l'acheteur, de payer au vendeur le double ou le triple du prix de cette choſe, ſi le vendeur vivoit très-long-temps.

Le *Contrat du Jeu* eſt de cette ſeconde eſpece. Chacun des joueurs court riſ-



Universitas BIBLIOTHECA Ottaviensis

que de donner à l'autre la ſomme convenue, ſi c'eſt l'autre qui gagne la partie. Et ce riſque que l'un court, eſt le prix de celui que l'autre joueur court de ſon côté de lui en donner autant, ſi c'eſt lui qui la gagne.

Nous diſtribuerons ce petit Traité en trois Chapitres. Nous examinerons dans le premier, ſi le jeu eſt mauvais par le droit naturel: nous rapporterons dans le ſecond, les Loix Romaines & les principales Loix du Royaume ſur le jeu. Nous examinerons dans le troiſieme, ſi celui qui a perdu une ſomme ou une autre choſe au jeu, eſt obligé, dans le for de la conſcience, de la payer; ou ſi au contraire celui qui a gagné, eſt obligé à reſtitution, lorſqu'il a reçu le prix du jeu.

# CHAPITRE PREMIER.

## *Si le jeu eſt mauvais par le Droit naturel.*

LE contrat que renferme le jeu, peut être conſidéré, 1°. en lui-même & ſans aucun rapport à la fin pour laquelle il intervient; 2°. par rapport à cette fin.

## SECTION PREMIERE.

### *Du contrat que renferme le jeu conſidéré en lui-même, & ſans rapport à la fin.*

Nous verrons dans un premier article, ſi le jeu conſidéré en lui-même, ſans aucun rapport à la fin que les joueurs ſe propoſent, eſt mauvais. Nous verrons dans un ſecond article quelles ſont les conditions qui y doivent être obſervées, pour qu'il ſoit conforme aux regles de la juſtice.

### ARTICLE PREMIER.

#### *Si le jeu conſidéré en lui-même & ſans aucun rapport à la fin que ſe propoſent les joueurs, eſt mauvais.*

3. Le jeu eſt un contrat intéreſſé de part & d'autre, & aléatoire, qui n'étant conſidéré qu'en lui-même & ſans aucun rapport à la fin que ſe propoſent les joueurs, ne paroît pas contenir rien de mauvais, pourvu qu'on y ait obſervé les conditions que nous expliquerons en l'article ſuivant.

Tous conviennent aſſez de ce principe à l'égard des jeux d'adreſſe, c'eſt-à-dire, de ceux dans leſquels le gain de la partie dépend principalement de l'habileté du joueur.

On en convient même aſſez à l'égard des jeux mixtes, c'eſt-à-dire, de ceux dans leſquels le hazard concourt avec l'habileté du joueur au gain de la partie.

4. La difficulté tombe ſur le jeu de pur hazard. Pluſieurs Théologiens Catholiques, & même des Docteurs Proteſtans ont cru trouver dans ces jeux un

vice intrinſeque, qui conſiſte dans la profanation du ſort, qu'ils regardent comme quelque choſe de religieux.

Pour regarder le ſort comme quelque choſe de religieux, ils ſe fondent ſur ce que Dieu manifeſtoit ſa volonté aux Iſraélites par la voie du ſort. C'eſt par cette voie qu'il leur fit connoître le choix qu'il avoit fait de Saül pour régner ſur eux. Joſué avoit employé cette voie pour la découverte du péché d'Achan, qui avoit attiré la colere de Dieu ſur Iſraël; elle fut auſſi employée pour découvrir le péché de Jonathas..... Dieu avoit preſcrit la voie du ſort pour le partage de la terre de Chanaan, comme il eſt rapporté au Livre des Nombres, *ch.* 33, *v.* 54. On l'employoit dans le ſacrifice dont il eſt parlé au Lévitique, *ch.* 16, à l'égard du bouc émiſſaire.

Les autres nations avoient auſſi recours à la voie du ſort, pour connoître la volonté de Dieu. Dans le vaiſſeau où étoit Jonas, on eut recours à cette voie pour connoître quelle étoit la perſonne qui attiroit ſur le vaiſſeau la colere de Dieu & la tempête.

On a eu auſſi recours à la voie du ſort dans l'Egliſe, pour connoître la volonté de Dieu, comme nous l'apprenons des Actes des Apôtres, où nous liſons que les Apôtres eurent recours à cette voie pour connoître la volonté de Dieu ſur l'élection de S. Matthias à l'Apoſtolat.

Enfin, on dit que les Livres ſaints nous font regarder le ſort comme quelque choſe où Dieu préſide d'une maniere particuliere; c'eſt en ce ſens que ces Théologiens entendent ce texte des Proverbes XVI. 33. *Sortes in ſinum mittuntur, ſed à Domino temperantur.*

De tout ceci ils concluent que le ſort eſt une choſe deſtinée de ſa nature à connoître la volonté de Dieu, & par conſéquent une choſe religieuſe; que c'eſt en faire une profanation criminelle que de l'employer à un uſage auſſi profane & auſſi puérile que le jeu; & que tout jeu de hazard, par cette profanation qu'il renferme, a un vice intrinſeque qui le rend mauvais en ſoi.

5. Les raiſonnemens de ces Théologiens ne me paroiſſent pas convaincans. Il eſt vrai que le ſort a ſervi autrefois à déclarer aux Iſraélites la volonté de Dieu. Le ſort, lorſqu'il étoit employé à cet uſage, ou plutôt, l'uſage qu'on faiſoit en ce cas du ſort, étoit quelque choſe de religieux. Mais c'eſt une fauſſe conſéquence que de vouloir conclure de-là que hors le cas auquel le ſort étoit employé à cet uſage, le ſort ſoit en ſoi quelque choſe de religieux, & qu'il ne puiſſe, ſans profanation, être employé à des choſes profanes. On emploie l'eau à quelque choſe de religieux, en l'employant à adminiſtrer le Sacrement de Baptême; s'enſuit-il que l'eau ſoit en ſoi quelque choſe de religieux, & qu'on ne puiſſe l'employer à des uſages profanes?

C'eſt donc ſans raiſon que ces Théologiens prétendent que le ſort eſt en ſoi quelque choſe de religieux, & que les jeux de hazard où il eſt employé, renferment une profanation d'une choſe religieuſe.

Ils ont d'autant moins lieu de le prétendre, que ſi on s'eſt ſervi du ſort chez les Iſraélites pour connoître la volonté de Dieu, on ne le fait plus ſervir à cet uſage chez les Chrétiens. Il eſt vrai que les Apôtres l'ont employé à cet uſage pour l'élection de Saint Matthias à l'Apoſtolat, mais c'eſt par une inſpiration particuliere: cet exemple ne peut être tiré à conſéquence; & un col-

lateur qui auroit aujourd'hui recours à la voie du ſort pour connoître la volonté de Dieu ſur le ſujet qu'il doit nommer à un bénéfice vacant, ſeroit regardé comme extravagant.

6. A l'égard de ce que dit Salomon : *Sortes in ſinum mittuntur, ſed à Domino temperantur*, cela ne doit pas être entendu en ce ſens, que Dieu préſide au ſort d'une maniere extraordinaire & ſurnaturelle, ſi ce n'eſt dans les cas extraordinaires, auxquels Dieu a permis qu'on le conſultât par cette voie : hors ces cas, ce texte ne veut dire autre choſe, ſinon que ce qui paroît arriver par le ſort, arrive par la volonté de Dieu, qui dirige le ſort non d'une maniere extraordinaire & ſurnaturelle, mais de la même maniere dont il dirige tous les événemens du monde, les plus petits comme les plus grands. Cela eſt dit dans le même ſens qu'il dit ailleurs : *cor hominis diſponit viam ſuam, ſed Domini eſt dirigere greſſus.*

Lorſque nous jouons enſemble à un jeu de haſard, & que je gagne la partie, il eſt vrai que je ne la gagne que parce que Dieu veut que je la gagne ; mais les jeux de haſard n'ont en cela rien de différent des autres jeux : car lorſque je vous gagne une partie de billard, je ne la gagne pareillement que parce que Dieu veut que je la gagne. De même que lorſqu'en me peignant, je fais tomber quelques cheveux de ma tête, ils ne tombent que parce que Dieu veut qu'ils tombent, ne pouvant pas tomber ſans l'ordre de Dieu, *capillus de capite veſtro non peribit.*

Mais de ce que Dieu dirige le ſort d'une maniere naturelle, comme il dirige tous les autres événemens, il ne s'enſuit pas que le ſort ſoit quelque choſe de religieux, & que ce ſoit une profanation d'une choſe religieuſe, que de s'en ſervir au jeu.

7. Un Théologien que j'ai conſulté, & qui a eu la bonté de jetter la vue ſur ce petit Traité, m'a fait cette objection : Le ſort ( a-t-il dit ) dépendant de Dieu ſeul, ſans qu'il y intervienne rien de l'induſtrie & de la ſageſſe humaine : employer la voie du ſort, c'eſt conſulter Dieu ; ce qui ne doit ſe faire que pour des choſes qui le méritent. Je réponds qu'on ne peut pas conſulter Dieu ſans avoir l'intention de le conſulter. Les joueurs n'ayant pas cette intention lorſqu'ils jouent, on ne peut pas dire qu'ils conſultent Dieu. D'ailleurs les événemens du ſort dans l'ordre naturel, ne dépendent de la volonté de Dieu que de la même maniere dont en dépendent tous les autres événemens ; ils dépendent les uns & les autres d'un certain concours, & d'une certaine combinaiſon de cauſes naturelles qui les produiſent, ſous la direction de la volonté de Dieu. La ſeule différence entre les uns & les autres, c'eſt que les événemens du ſort ont des cauſes qui nous ſont totalent inconnues, au lieu que nous connoiſſons, au moins en partie, les cauſes qui produiſent les autres événemens. Celui qui joue un jeu de hazard, attend du ſort le gain de la partie, c'eſt-à-dire, d'un aſſemblage de cauſes naturelles qui lui ſont inconnues, & dans leſquelles conſiſte proprement le ſort : au lieu que celui qui joue un jeu d'adreſſe, l'attend de ſon habileté, qui eſt une cauſe qui lui eſt connue. Mais on ne peut pas dire de l'un plutôt que de l'autre, qu'en jouant il conſulte Dieu.

## ARTICLE II.

### *Quelles conditions doivent être observées dans le jeu, pour qu'il ne s'écarte pas des regles de la justice.*

8. Il faut, 1°. que chacun des joueurs ait le droit de disposer de la somme qu'il joue. Il faut, 2°. que chacun des joueurs apporte au contrat que renferme le jeu, un consentement parfait : 3°. il faut qu'il y ait égalité dans la partie : 4°. il faut que les joueurs aient apporté au jeu la fidélité qui y est requise.

Nous traiterons séparément de chacune de ces quatre conditions, dans autant de paragraphes.

### §. I.

### *Il faut que chacun des joueurs ait droit de disposer de la somme qu'il joue.*

9. Suivant ce principe, un enfant de famille ne peut valablement jouer que des sommes modiques que ses parens lui ont donné pour ses menus plaisirs, & dont ils lui ont permis de disposer.

C'est pourquoi si un fils de famille abusant de la confiance de son pere, qui lui laisse le maniement de ses affaires, prenoit dans la caisse de son pere une somme pour la jouer, non-seulement il ne la joueroit pas valablement, mais il commettroit un vol de cette somme qui appartient à son pere ; & celui qui la lui auroit gagnée au jeu, seroit complice du vol, s'il avoit connoissance de son état de fils de famille.

S'il n'en avoit pas connoissance, il ne seroit pas, à la vérité, coupable de vol, mais il ne seroit pas moins obligé de restituer au pere la somme qu'il a gagnée à ce fils de famille, lorsqu'il viendroit par la suite à connoître l'état de ce fils de famille : car ce fils de famille, lorsqu'il a joué cette somme, n'ayant pas eu le droit d'en disposer, n'a pu la jouer valablement, ni en transférer la propriété à celui qui l'a gagnée.

10. Un mineur ne peut pareillement jouer valablement que des sommes modiques, dont son tuteur lui permet de disposer pour ses menus plaisirs. S'il avoit trouvé le moyen de prendre à son tuteur une somme que son tuteur avoit reçue pour lui, il n'auroit pas, à la vérité, commis un vol, car on ne peut pas voler sa propre chose, *rei suæ furtum non fit* ; mais il ne pourroit pas jouer valablement cette somme, parce que, quoiqu'elle lui appartienne, il n'a pas le droit d'en disposer ; c'est pourquoi celui qui la lui auroit gagnée, seroit obligé à la restituer.

Quand même un mineur seroit émancipé, soit par lettres du Prince, soit même par le mariage, il ne pourroit pas jouer valablement des sommes un peu considérables, car l'émancipation ne donne aux mineurs que le droit d'administrer leurs biens ; elle ne leur donne pas le droit d'en disposer à leur gré & de le dissiper, ni par conséquent de le jouer.

C'eſt pourquoi, celui qui a gagné au jeu à un mineur, quoique marié ou émancipé, une ſomme un peu conſidérable, eſt obligé de la reſtituer.

Il y eſt obligé quand même il auroit ignoré qu'il fût mineur; car il ſuffit que ce mineur n'ait pas le droit de diſpoſer de la ſomme en cette maniere, pour qu'il n'ait pu en transférer la propriété à celui qui la lui a gagnée. C'eſt le cas de la regle de Droit, *qui cum aliquo contrahit, debet eſſe gnarus conditionis ejus cum quo contrahit.*

Un majeur interdit pour cauſe de prodigalité, eſt ſemblable à un mineur qui eſt ſous puiſſance de tuteur.

11. Une femme ſous puiſſance de mari, ne peut pareillement jouer valablement que des ſommes modiques avec la permiſſion, au moins préſumée, de ſon mari. Quand même ſon mari lui accorderoit le maniement de l'argent de la communauté, elle ne pourroit pas jouer valablement des ſommes un peu conſidérables; car ſon mari, en lui accordant le maniement de l'argent de la communauté, le lui accorde pour s'en ſervir aux affaires de la communauté, & non pas pour le jouer & le diſſiper.

Quand même la femme ſeroit ſéparée de biens, elle ne pourroit pas jouer valablement des ſommes de deniers à elle appartenantes qui ſeroient un peu conſidérables; car la ſéparation lui donne bien le droit de contracter ſans être autoriſée pour ce qui concerne l'adminiſtration de ſes biens; mais elle ne lui donne pas le droit de diſſiper ſon bien & de le jouer. C'eſt pourquoi celui qui lui auroit gagné au jeu des ſommes conſidérables, eſt obligé de les lui reſtituer.

12. Lorſque j'ai joué une ſomme conſidérable contre un mineur ou une autre perſonne qui n'avoit pas le droit de diſpoſer de la ſomme qu'il a jouée; quoique j'euſſe le droit de diſpoſer de celle que j'ai jouée, je ne l'ai pas jouée plus valablement qu'il a joué la ſienne. C'eſt pourquoi, ſi c'eſt le mineur qui a gagné, la ſomme que j'ai jouée contre lui ne lui eſt pas due; car le contrat que renferme le jeu n'étant pas un contrat de bienfaiſance, mais un contrat intéreſſé de part & d'autre, un contrat aléatoire où il doit y avoir, de part & d'autre, une égalité de riſques, je ne puis devoir au gagnant la ſomme que j'ai jouée, qu'autant que le gagnant auroit couru le riſque de me donner pareille ſomme dans le cas auquel j'aurois été le gagnant. La ſomme que j'ai jouée ne peut lui être due que comme le prix de ce riſque qu'il auroit couru. Or ce mineur n'a pu courir le riſque de me donner la ſomme qu'il a jouée, dans le cas auquel j'aurois été le gagnant, puiſque c'étoit une ſomme dont il n'avoit pas le droit de diſpoſer: donc lorſque c'eſt lui qui a gagné, la ſomme que j'ai jouée contre lui ne lui eſt pas due; le contrat que nous avons fait enſemble, eſt nul.

## §. II.

### *Du libre conſentement des joueurs.*

14. Le conſentement eſt de l'eſſence de tous les contrats; il eſt donc néceſſaire, à l'égard du contrat que renferme le jeu, de même qu'à l'égard de tous les autres contrats, pour qu'il ſoit valable, que chacun des joueurs y ait apporté un parfait conſentement. De-là

De-là il ſuit que lorſque l'un des joueurs eſt dans un état d'ivreſſe, le contrat que renferme le jeu eſt nul. Nous ne parlons pas ici d'une ivreſſe qui priveroit entiérement la perſonne de l'uſage de ſa raiſon; il eſt évident que dans cet état elle eſt incapable de contracter, & par conſéquent de jouer: nous parlons d'une ivreſſe qui, ſans rendre la perſonne abſolument incapable de conſentement, peut ſeulement rendre imparfait ſon conſentement, en l'empêchant de faire les réflexions qu'elle eût pu faire ſi elle eût été à jeun.

Cette déciſion a lieu quand même celui qui auroit joué contre cet ivrogne, n'auroit eu au jeu aucun avantage ſur lui, ſoit parce qu'il étoit lui-même auſſi ivre que lui, ſoit parce que le jeu étoit un jeu de pur hazard pour lequel il ne faut aucune réflexion, & dans lequel par conſéquent celui qui eſt capable d'en faire, & qui a l'uſage entier de ſa raiſon, n'a aucun avantage ſur celui qui ne l'a pas; car ce n'eſt pas en ce cas le défaut d'égalité qui rend le contrat nul, c'eſt l'imperfection du conſentement de celui des joueurs qui étoit ivre, lequel n'auroit peut-être pas voulu jouer la ſomme qu'il a jouée, ſi l'ivreſſe ne l'eût empêché de faire les réflexions qui l'en auroient détourné.

14. Il n'eſt pas douteux, ſuivant ces principes, que ſi celui qui a joué contre celui qui étoit ivre, a gagné, il ne peut pas recevoir de lui le prix du jeu; & s'il l'a reçu, il eſt obligé de le reſtituer. Il y a un peu plus de difficulté dans le cas inverſe auquel c'eſt le joueur qui étoit ivre qui a gagné celui qui jouiſſoit de toute ſa raiſon. Le prix du jeu eſt-il en ce cas dû au joueur qui étoit ivre? Je crois qu'il faut décider pour la négative; car il eſt de l'eſſence du contrat que renferme le jeu, que le gagnant reçoive du perdant le prix du riſque que le gagnant a couru, de donner une pareille ſomme au perdant dans le cas auquel le perdant auroit gagné. Or le joueur ivre n'a couru aucun riſque de donner aucune ſomme à l'autre joueur, puiſqu'on ſuppoſe que ſi ce joueur ivre eût perdu, il n'eût pas été obligé de rien donner à l'autre; donc lorſqu'il gagne, il ne doit rien recevoir de l'autre, ne devant pas recevoir le prix d'un riſque qu'il n'a pas couru.

On oppoſera peut-être qu'il eſt décidé en Droit, que lorſque je contracte avec un impubere, ou une autre perſonne qui n'eſt pas capable de donner au contrat un conſentement parfait, quoique par ce contrat cet impubere ne ſoit pas obligé envers moi, néanmoins je ſuis obligé envers lui.

Je réponds que ce principe a lieu dans les contrats commutatifs en ce ſens, que je ne puis contraindre l'impubere à tenir le marché, quoiqu'il puiſſe me contraindre à le tenir, s'il trouve qu'il lui eſt avantageux: mais il ne peut me contraindre à lui donner la choſe que je me ſuis obligé de lui donner, qu'il ne me donne celle qu'il doit me donner à la place. Par exemple, ſi j'ai vendu mon cheval à un impubere pour le prix de quinze piſtoles, je ne puis obliger cet impubere à prendre mon cheval, & à me payer les quinze piſtoles; & il peut au contraire, s'il trouve le marché avantageux, m'obliger à lui donner le cheval; mais il ne peut m'obliger à le lui donner qu'en me payant les quinze piſtoles qui ſont le prix de mon cheval.

Ces principes qui ont lieu dans les contrats commutatifs, ne peuvent avoir lieu dans un contrat aléatoire, tel que celui que renferme le jeu. Lorſque je joue contre un impubere, je ne puis être obligé envers lui, s'il ne l'eſt pas en-

vers moi. Car s'il ne l'eſt pas envers moi, il n'a pas couru le riſque de me payer le prix du riſque dans le cas où il ſeroit le gagnant: & s'il n'a pas couru le riſque, je ne puis lui devoir le prix du jeu, que je ne me ſuis obligé de lui donner qu'à la place de ce riſque. C'eſt comme ſi dans l'eſpece du contrat commutatif, ci-deſſus rapportée, l'impubere vouloit exiger de moi mon cheval ſans me payer les quinze piſtoles que je dois avoir à la place.

15. Le parfait conſentement de chacun des joueurs étant néceſſaire pour la validité du contrat que renferme le jeu, il s'enſuit que ſi l'un des joueurs a contraint l'autre à jouer, le contrat n'eſt pas valable; car un conſentement extorqué par contrainte, n'eſt pas un parfait conſentement.

Ce n'eſt pas ſeulement à l'égard de la premiere partie que chacun des joueurs doit avoir la liberté de jouer ou de ne pas jouer: il en eſt de même des autres parties; chacun des joueurs doit avoir la liberté de ſe retirer du jeu quand bon lui ſemble, à moins que dès le commencement du jeu, les joueurs ne fuſſent convenus que celui qui gagneroit la premiere partie, donneroit à l'autre la revanche. Sans cela on ne peut, ſans injuſtice, le contraindre de la donner, & le contrat que renferme la revanche qu'il auroit été contraint de donner, n'eſt ni moins injuſte, ni plus valable qu'une premiere partie qu'on auroit contraint l'un des joueurs de jouer.

Dans tous ces cas, celui qui m'a contraint à jouer, ſoit une premiere partie, ſoit une revanche, ne peut, lorſqu'il a gagné, recevoir de moi licitement le prix du jeu; & s'il l'a reçu, il eſt obligé de me le reſtituer. Il y eſt obligé non ſeulement parce que l'imperfection de mon conſentement qui n'a pas été libre, empêche la liberté du contrat, mais encore parce que celui qui m'a contraint à jouer malgré moi, ayant en cela commis envers moi une injuſtice, il eſt obligé envers moi à la réparation du tort qu'elle m'a cauſé, ce qui conſiſte dans la reſtitution de la ſomme que j'ai perdue.

16. Le contrat qui n'eſt pas valable de ma part par l'imperfection de mon conſentement, lorſque j'ai été contraint de jouer malgré moi, l'eſt-il de la part de celui qui m'a contraint; & ſi je gagne la partie, puis-je licitement recevoir de lui le prix du jeu? Cette queſtion ſe décide par une diſtinction. S'il eût été au pouvoir de celui qui m'a contraint à jouer, dans le cas auquel il auroit gagné, de me faire payer le prix du jeu, parce que nous avions mis argent ſur table, & qu'il m'eût été difficile de l'empêcher de prendre l'argent, & de me le laiſſer reſtituer; ou bien, ſi ayant joué l'un & l'autre ſur notre parole, j'euſſe été, en jouant, dans la diſpoſition de volonté de lui payer le prix du jeu dans le cas auquel il ſeroit le gagnant; dans l'un & dans l'autre de ces cas, ayant couru le riſque de lui donner le prix du jeu, ſi j'euſſe perdu, je puis licitement recevoir de lui le prix du jeu lorſque j'ai gagné.

Mais ſi ayant été contraint de jouer, & ayant joué ſur ma parole, j'ai été, en jouant, dans la diſpoſition de volonté de ne pas payer le prix du jeu, dans le cas auquel celui qui m'a contraint ſeroit le gagnant, & de me défendre de le payer, par la raiſon de la contrainte qu'on a employée pour me faire jouer; en ce cas, n'ayant couru aucun riſque de perdre, ſi celui qui m'a contraint eût gagné, puiſque je ne l'aurois pas payé; dans ce cas-là je ne puis pas licitement recevoir de lui la ſomme qu'il a jouée contre moi, cette ſomme ne

pouvant m'être due qu'autant qu'elle ſeroit le prix du riſque que j'aurois couru de lui en donner autant, & ne m'étant par conſéquent pas due lorſque je n'ai couru aucun riſque.

17. Suppoſons à préſent qu'il n'y ait pas eu de contrainte de part ni d'autre, mais que l'un des joueurs qui jouoient ſur leur parole, ait joué avec une diſpoſition ſecrette de volonté de ne pas payer dans le cas auquel il perdroit, & de ſe défendre par les loix qui dénient l'action pour le jeu, & néanmoins de recevoir le prix du jeu dans le cas contraire auquel il ſeroit le gagnant: Il eſt évident que celui qui a joué avec cette diſpoſition de volonté, ne peut pas licitement recevoir le prix du jeu dans le cas où il ſeroit le gagnant; & que s'il l'a reçu, il eſt obligé de le reſtituer.

Les raiſons ſont, 1°. que le contrat du jeu eſt en ce cas nul par le défaut du conſentement du joueur, qui n'ayant pas eu la volonté de payer dans le cas où il perdroit, n'a pas conſenti au contrat, mais a ſeulement feint d'y conſentir. 2°. Parce que n'ayant pas couru le riſque de perdre, le prix du jeu ne peut lui être dû, n'étant dû au gagnant que pour & à la place du riſque que le gagnant a couru de perdre.

18. Dans le cas inverſe, lorſque celui qui a joué contre moi avec une intention ſecrette de ne pas payer, a perdu la partie, eſt-il en ce cas obligé, dans le for de la conſcience, de me payer le prix du jeu? En ſuppoſant (ce que nous examinerons au Chapitre 3,) que le contrat du jeu oblige dans le for de la conſcience, il faut décider qu'il y eſt obligé. Il ne peut pas, pour s'en défendre, dire que le contrat eſt nul, n'ayant jamais eu la volonté, & n'ayant jamais conſenti à s'obliger de me payer s'il perdoit la partie: car il ſuffit qu'il ait feint de conſentir au contrat; il ſuffit qu'il ait promis extérieurement de payer, pour que le contrat ſoit réputé valable contre lui; il ſuffit qu'il m'ait fait courir le riſque de lui donner la ſomme convenue dans le cas auquel il auroit été le gagnant, pour qu'il ſoit tenu de me payer une pareille ſomme lorſque je ſuis le gagnant. Je ſuis cenſé lui en avoir payé le prix, par le riſque qu'il m'a fait courir de lui en donner autant.

## §. III.

### *De l'égalité qui eſt requiſe dans le contrat du jeu.*

19. Dans tous les contrats intéreſſés de part & d'autre, chacune des parties contractantes n'ayant pas intention de rien donner à l'autre, & ayant au contraire intention de recevoir de l'autre l'équivalent de ce qu'elle lui donne, il eſt néceſſaire, pour que le contrat ſoit conforme aux regles de la juſtice, que ce que l'une des parties contractantes donne ou s'oblige de donner à l'autre, ſoit d'égale valeur à ce que l'autre partie donne ou s'oblige de ſon côté de lui donner: Voyez notre *Traité des Obligations*, *n.* 33.

Pour faire l'application de ce principe au contrat du jeu, qui eſt de la claſſe des contrats intéreſſés de part & d'autre; lorſque je joue contre vous, pour que le contrat ſoit conforme aux regles de la juſtice & valable, il faut que le riſque que je cours de vous donner la ſomme convenue dans le cas auquel

vous ſerez le gagnant, ſoit égal au riſque que vous courez de votre côté de me donner la même ſomme dans le cas auquel je ſerois le gagnant.

La valeur de ces riſques s'eſtime par les degrés de probabilité : lorſqu'il n'y a pas plus de probabilité que je gagnerai la partie, qu'il y en a que vous la gagnerez, le riſque que je cours, & celui que vous courez, ſont d'égale valeur, & le contrat du jeu eſt en ce cas équitable.

20. Cette égalité de valeur dans les riſques, ſe trouve toujours dans les jeux de pur hazard.

Le gain de la partie dépendant dans ces jeux entiérement du pur hazard, l'un des joueurs ne pouvant pas avoir dans ces jeux aucune ſupériorité ſur l'autre, le riſque que chacun des joueurs court, eſt néceſſairement égal. C'eſt pourquoi il eſt néceſſaire, pour l'égalité dans ce contrat, que la ſomme que je joue contre vous, ſoit égale à celle que vous jouez contre moi.

Néanmoins ſi je veux bien, dans ces jeux, jouer contre vous une ſomme plus grande que celle que vous jouez contre moi, *putà* trois écus contre deux; il n'y aura pas, à la vérité, d'égalité dans le contrat, néanmoins il ne renfermera aucune injuſtice. Il exorbite, à la vérité, de la nature des contrats intéreſſés de part & d'autre, & il contient une donation que je vous fais, dans le cas auquel vous gagnerez la partie, de l'écu dont la ſomme que je joue contre vous, excede celle que vous jouez contre moi; mais cet avantage que je vous fais, étant un avantage que je ne puis ignorer, & que je vous fais de mon bon gré, & avec une pleine connoiſſance, ne contient aucune injuſtice.

21. Dans les jeux qui ſont mêlés d'adreſſe & de hazard, tels que ſont le jeu du trictrac, le jeu de piquet & autres, ſi vous êtes plus habile que moi à ce jeu, il y a plus de probabilité que ce ſera vous qui gagnerez la partie, qu'il n'y en a que ce ſera moi; par conſéquent le riſque que je cours de vous donner la ſomme convenue, ſi vous gagnez, eſt plus grand & d'une plus grande valeur, que celui que vous courez de me donner la même ſomme ſi je gagne; par conſéquent, ſuivant les principes que nous venons d'établir, le contrat du jeu renferme en ce cas une injuſtice.

22. On peut rétablir de deux manieres l'égalité dans ce contrat, & le rendre juſte & équitable entre deux joueurs de forces inégales.

La premiere de ces deux manieres eſt, que vous me donniez un avantage au jeu : par exemple, tant de points d'avance, qui compenſe la ſupériorité d'habileté que vous avez ſur moi, & qui rende, au moyen de cette compenſation, l'eſpérance du gain de la partie, auſſi probable de mon côté que du vôtre.

La ſeconde maniere de rétablir l'égalité, eſt que vous, qui avez ſur moi une ſupériorité d'habileté, jouiez contre moi une ſomme plus grande que celle que je joue contre vous, dans la même proportion que le riſque que je cours de perdre, eſt plus grand que celui que vous courez de votre côté.

Par exemple, ſi au moyen de la grande ſupériorité que vous avez ſur moi, le riſque que je cours de perdre eſt plus grand du double que celui que vous courez, il y aura égalité dans le contrat, ſi vous jouez contre moi une ſomme, qui ſoit le double de celle que je joue contre vous; *putà*, ſi vous jouez ſix livres contre trois que je joue contre vous.

Lorſque la ſupériorité que vous avez ſur moi, n'eſt pas compenſée de l'une de ces deux manieres, l'inégalité qui ſe trouve dans le contrat, le rend injuſte, ſi ce n'eſt qu'en jouant contre vous avec une pleine connoiſſance de votre ſupériorité ſur moi, j'aie eu intention de vous gratifier, & que je vous l'aie déclaré.

Mais ſi je n'ai pas eu intention de vous gratifier, & que néanmoins ayant une fauſſe confiance que le hazard me favoriſeroit, quoiqu'averti de votre ſupériorité, je veuille, quoiqu'à forces inégales & ſans aucun avantage, jouer contre vous une ſomme égale de part & d'autre, vous ne pouvez pas, ſans injuſtice, jouer contre moi cette ſomme égale, ſans me faire aucun avantage de votre part.

On oppoſera que dans le contrat de vente, je puis, ſans injuſtice, vous vendre une choſe qui a un vice, en vous avertiſſant du vice. La réponſe eſt, que lorſque je vous ai averti du vice de la choſe, je puis bien vous la vendre ſans injuſtice, pourvu que je ne vous la vende que le prix qu'elle vaut, eu égard au vice qu'elle a; car ne vous vendant la choſe que le prix qu'elle vaut, eu égard à ce vice, il y a égalité dans le contrat: il ne renferme aucune injuſtice, la réticence du vice de la choſe, qui eût pu vous détourner de l'acheter, étant la ſeule injuſtice que ce contrat, d'ailleurs égal, pouvoit renfermer. Au contraire, dans notre eſpece, quoique vous m'ayez averti de votre ſupériorité au jeu, le contrat ne laiſſe pas d'être injuſte, l'injuſtice du contrat ne venant pas en ce cas de la reticence de votre ſupériorité, mais de l'inégalité que cette ſupériorité cauſe dans le contrat, lorſqu'elle n'eſt pas compenſée par l'une des deux manieres dont nous avons vu ci-deſſus qu'elle pouvoit l'être.

On ne peut pas dire que le conſentement que je donne à jouer avec vous à forces inégales, en étant averti, couvre cette injuſtice, ſuivant cette maxime, *volenti non fit injuria*. Je réponds que cette maxime n'a aucune application; car ſi je conſens à jouer avec vous à forces inégales, quoiqu'averti de votre ſupériorité, ce n'eſt pas que j'aie la volonté de vous gratifier & de vous faire aucun avantage, mais c'eſt parce que je me perſuade par erreur, ou que je ſuis auſſi habile que vous ou que je ſuis heureux au jeu, & que ce bonheur que je m'imagine avoir au jeu, compenſe votre ſupériorité. L'avantage que je vous fais en jouant contre vous, à forces inégales, n'eſt donc pas un avantage que je vous fais *volens*, & ce n'eſt pas le cas de la maxime *volenti non fit injuria*: c'eſt un avantage que l'erreur en laquelle je ſuis, m'engage à vous faire; & vous ne pouvez pas, ſans injuſtice, profiter de mon erreur.

23. L'injuſtice qui ſe rencontre dans le contrat, par lequel je joue avec vous à forces inégales, quoiqu'averti de votre ſupériorité, le rend-t-elle entiérement nul, ou ſeulement réformable & réductible à la ſomme contre laquelle, eu égard à votre ſupériorité, vous auriez pu jouer équitablement celle que vous avez jouée?

Par exemple, en ſuppoſant que la ſupériorité que vous avez ſur moi, rende le riſque que je cours de perdre la partie, plus grand du double que celui que vous courez de la perdre, vous pouvez jouer équitablement contre moi une ſomme qui ſoit le double de celle que je jouerai contre vous. Si néanmoins nous avons joué de part & d'autre une ſomme égale, *putà* une ſomme de ſix

livres, l'injuſtice que renferme ce contrat, le rend-elle entiérement nul, de maniere que ſi vous gagnez, je ne vous doive rien? ou le contrat ſera-t-il ſeulement réformable? Je penſe qu'il doit ſeulement être réformable; & que ſi vous gagnez la partie, je vous dois, non pas, à la vérité, une ſomme de ſix livres, mais une ſomme de trois livres, qui eſt celle contre laquelle vous pouviez jouer contre moi celle de ſix livres. En effet, puiſque j'ai voulu jouer, quoiqu'averti de votre ſupériorité; puiſque j'ai pu gagner la ſomme de ſix livres, & que vous avez couru envers moi un riſque de me payer cette ſomme, dans le cas auquel j'aurois gagné, qui étoit un cas très-poſſible, il ne ſeroit pas équitable, de mon côté, que je n'en euſſe couru aucun. C'eſt pourquoi, dans le cas auquel vous avez gagné la partie, je vous dois payer pour le prix du riſque que vous avez couru, non pas, à la vérité, une ſomme de ſix livres, le riſque que vous avez couru n'étant pas égal au mien, mais une ſomme de trois livres, qui eſt le véritable prix de ce riſque, qui étoit moindre de la moitié que celui que j'ai couru.

Il faudroit décider autrement, ſi par dol vous m'aviez engagé à jouer contre vous à forces inégales, en me cachant la ſupériorité que vous aviez ſur moi au jeu. Le contrat, en ce cas, eſt entiérement nul de votre côté: ſi vous gagnez, vous ne pouvez licitement rien recevoir du prix du jeu; & ſi vous l'avez reçu, vous êtes obligé à me le reſtituer: car c'eſt par votre dol que j'ai été engagé à faire cette partie de jeu, que je n'aurois pas voulu faire, ſi j'avois connu votre ſupériorité.

24. Lorſque nous avons joué enſemble ſans nous connoître, Barbeirac, en ſon *Traité du Jeu*, *L.* 2, *chap.* 2, *n.* 15, penſe que la ſupériorité que vous vous trouvez avoir ſur moi, n'empêche pas que vous ne puiſſiez recevoir licitement en entier le prix du jeu pour la premiere partie; parce que ne nous connoiſſant pas ni l'un ni l'autre, ſi j'ai couru le riſque de trouver en vous un joueur plus fort que moi, vous avez pareillement couru le riſque de trouver en moi, que vous ne connoiſſiez pas, un joueur plus fort que vous; ce qui fait dans le contrat que nous avons fait, pour cette premiere partie, une égalité de riſques de part & d'autre qui le rend équitable.

Je penſe au contraire, que même en ce cas, le contrat eſt réformable, & que vous ne pouvez, ſi vous gagnez la partie, recevoir licitement la ſomme entiere, mais ſeulement celle contre laquelle, eu égard à votre ſupériorité, vous pouviez jouer équitablement celle que vous avez jouée. Il eſt vrai qu'ignorant de part & d'autre nos forces, nous avons fait de bonne foi le contrat; mais le riſque que je cours par ce contrat, étant, eu égard à la ſupériorité que vous avez ſur moi, plus grand, *puta* du double, que celui que vous courez, ce contrat ne laiſſe pas de renfermer en ſoi une injuſtice, & de pécher contre l'égalité, en ce que le riſque que je cours, quoique double de celui que vous courez, n'y eſt pas plus payé que celui que vous courez. Ce contrat étant donc injuſte en ſoi, quoique nous l'ayons fait de bonne foi, vous n'en êtes pas moins obligé à en réformer l'injuſtice, en réduiſant la ſomme que je vous dois pour le gain de la partie, à la moitié de celle que vous avez jouée contre moi.

Il en eſt de ce contrat comme d'un contrat de vente, par lequel une choſe auroit été vendue au-delà de ſon juſte prix. Quoique l'une & l'autre des parties

aient de part & d'autre ignoré de prix de la choſe vendue, & aient contracté de bonne foi, le contrat ne laiſſe pas d'être injuſte en ſoi par l'excès du prix; & le vendeur, lorſqu'il vient à découvrir cette injuſtice, eſt obligé à la réparer, en rendant à l'acheteur l'excédant qu'il a payé du juſte prix, ou en l'en déchargeant, s'il ne l'a pas encore payé. Pareillement, quoique dans notre eſpece nous ayons contracté de bonne foi, le contrat ne laiſſe pas d'être injuſte, & vous êtes obligé d'en réformer l'injuſtice, de la maniere dont nous venons de le dire, lorſqu'en jouant, vous vous êtes apperçu de votre ſupériorité.

A l'égard de ce que dit Barbeirac, que chacun des joueurs ignorant la force de ſon adverſaire, lorſqu'ils ont fait la partie, chacun a, de part & d'autre, couru le riſque de trouver dans ſon adverſaire, un joueur plus fort que lui, ce qui forme entr'eux une égalité de riſques; je réponds que ce riſque que chacun de ces joueurs a couru, de trouver dans ſon adverſaire un joueur plus fort que lui, eſt un riſque étranger, & n'eſt pas ce qui forme la ſubſtance du contrat. D'ailleurs il eſt faux qu'il y ait égalité entre les joueurs, même à l'égard de cette eſpece de riſque: car le riſque que le bon joueur a couru de trouver dans ſon adverſaire, qu'il ne connoiſſoit pas, un joueur plus fort que lui, étoit beaucoup moindre que celui que couroit le joueur ignorant.

25. Il nous reſte à parler de la troiſieme eſpece de jeux, qui ſont les jeux de pure adreſſe. Dans ces jeux, il n'eſt pas douteux que le contrat eſt inégal, & par conſéquent injuſte, ſi celui des joueurs qui eſt conſidérablement plus fort que l'autre, ne récompenſe pas la ſupériorité qu'il a ſur lui, en lui donnant au jeu un certain avantage, comme un certain nombre de points. Sans cela, à moins que celui qui eſt le plus foible, n'ait intention de couvrir d'une perte au jeu la gratification qu'il veut faire à l'autre, il n'eſt pas permis à celui qui eſt le plus fort, de jouer avec lui, même des ſommes inégales.

En cela les jeux de pure adreſſe ſont différens des jeux mixtes. La raiſon de différence eſt ſenſible. Dans les jeux mixtes, le hazard favoriſe quelquefois tellement le joueur ignorant, qu'il lui donne le gain de la partie: c'eſt pourquoi dans ces jeux, le bon joueur, quelque fort qu'il ſoit, n'a pas une certitude de gain de la partie; il n'a qu'une plus grande probabilité; il ne joue pas à coup sûr; il court un riſque, quoique moins grand que celui que court le joueur ignorant qui joue contre lui; c'eſt pourquoi il peut jouer équitablement contre lui, pourvu qu'il joue une ſomme plus forte que celle que le joueur ignorant joue contre lui, & elle doit être plus forte, dans la même proportion, que le riſque que court l'autre joueur eſt plus grand.

Mais dans les jeux de pure adreſſe, le joueur qui eſt conſidérablement plus fort que l'autre, n'a pas ſeulement une probabilité; il a une certitude morale du gain de la partie. Il joue à coup sûr; & n'ayant couru aucun riſque, il ne peut s'en faire payer le prix par aucune ſomme, quelque petite qu'elle ſoit, & quelqu'inférieure qu'elle ſoit à celle qu'il auroit jouée.

## §. IV.

### *De la fidélité que les joueurs doivent apporter au jeu.*

26. Il eſt évident que le contrat du jeu devient injuſte, lorſque les joueurs manquent à la fidélité qu'ils doivent apporter au jeu.

C'eſt pourquoi ſi l'un des joueurs a gagné la partie par des tricheries, *putà* en regardant le jeu de ſon adverſaire, ou le deſſous des cartes, ou en commettant d'autres infidélités, quelles qu'elles ſoient, il ne peut pas licitement recevoir le prix du jeu; s'il l'a reçu, il eſt obligé à reſtitution.

La raiſon en eſt évidente. Lorſque les joueurs s'obligent mutuellement l'un envers l'autre, de donner une certaine ſomme à celui d'entr'eux qui gagnera la partie, chacun d'eux n'entend s'y obliger que ſous la condition tacite, que celui qui aura gagné la parrie, aura apporté au jeu la fidélité qu'il y doit apporter. Lors donc qu'il n'a pas apporté au jeu cette fidélité, l'obligation que l'autre avoit contractée de lui payer le prix du jeu, tombe par le défaut d'accompliſſement de la condition, ſous laquelle elle avoir été contractée : le prix du jeu ne lui eſt pas dû; & s'il l'a reçu, il eſt obligé à le reſtituer.

Il y eſt encore obligé par une autre raiſon, qui eſt, que celui qui commet un dol envers quelqu'un, eſt tenu de l'indemniſer de ce qu'il en a ſouffert. Or les tricheries, dont l'un des joueurs ſe ſert pour faire perdre la partie à l'autre, ſont un dol qu'il commet envers lui; il doit donc l'indemniſer de la perte de la partie qu'il lui a cauſée par ces tricheries, & par conſéquent lui reſtituer le prix du jeu qu'il a reçu de lui.

27. Par cette ſeconde raiſon le joueur qui a uſé envers moi de tricheries pour gagner la partie, non-ſeulement doit me reſtituer la ſomme que je lui ai payée pour le prix du jeu; mais s'il paroiſſoit que ſans tricherie ce fût moi qui l'euſſe gagnée, il doit, outre la reſtitution de la ſomme que je lui ai payée, me payer la ſomme qu'il m'eût payée, ſi j'euſſe gagné la partie; car les dommages & intérêts réſultans de ſon dol, dont il doit m'indemniſer, renferment non-ſeulement la perte que ſon dol m'a cauſée, mais le gain dont il m'a privé, *quantùm mihi abeſt, & quantùm lucrari potui*, ſuivant la définition qu'en donne la Loi 13, ff. *Ratam rem hab.*

Si je m'appercevois en jouant que celui contre qui je joue, uſe envers moi de tricheries : pourrois-je en uſer licitement de mon côté, & recevoir licitement le prix du jeu, ſi par mes tricheries je gagnois la partie? Non; car celui contre qui je joue, en uſant de tricheries envers moi, n'a pas intention de me permettre d'en uſer de mon côté, ni de renoncer à la condition ſous laquelle il s'eſt obligé de me payer le prix du jeu, qui eſt que je gagnerai la partie ſans le ſecours d'aucunes tricheries : c'eſt pourquoi ſi j'en uſe, quoiqu'il en ait uſé le premier, ſon obligation tombe par défaut d'accompliſſement de la condition ſous laquelle il s'étoit obligé envers moi, & le prix du jeu ne m'eſt pas dû. Les tromperies dont je me ſuis apperçu, n'ont d'autre effet que de me décharger, dans le for de la conſcience, de l'obligation de lui payer le prix du jeu, s'il gagne la partie, mais elles ne m'autoriſent pas à manquer de mon côté à la fidélité qui eſt due au au jeu.

Quand

Quand même celui contre qui j'ai joué, auroit, en uſant de tromperies envers moi, conſenti que j'en uſaſſe de mon côté, je n'aurois pas pour cela le droit de recevoir le prix du jeu dans le cas auquel par mes tricheries j'aurois gagné la partie; car une telle convention qui eſt nulle, L. 27, §. 3, ff. *de pact.* ne peut avoir aucun effet, ni me donner aucun droit.

28. Barbeyrac compte avec raiſon parmi les infidélités que l'on commet au jeu, la diſſimulation par laquelle je n'averris pas celui contre qui je joue, d'une mépriſe qui lui fait compter moins de points qu'il n'en a fait.

Par exemple, ſi celui contre qui je joue au billard, ayant déja fait dix points depuis la partie commencée, par mépriſe & par diſtraction n'en compte que huit, & que m'étant apperçu de ſa mépriſe, je le laiſſe compter huit points, cette diſſimulation de ma part eſt une infidélité que je commets envers lui; c'eſt pourquoi ſi profitant de ſa mépriſe, je gagne la partie qu'il eût gagnée, s'il eût compté ſes dix points, non-ſeulement je dois lui rendre la ſomme qu'il m'a payée pour le prix du jeu, mais je dois lui payer celle que je lui euſſe payée, s'il eût gagné.

Il en eſt de même du cas auquel celui contre qui je jouois aux quilles, en auroit abattu ſix, & croyant n'en avoir abattu que cinq, n'auroit compté que cinq points au lieu de ſix: ſi m'étant apperçu de ſon erreur, je ne l'en ai point averti, c'eſt une infidélité de ma part; c'eſt pourquoi, ſi faute de ce point qu'il a omis de compter, il a perdu la partie qu'il eût gagnée, s'il l'eût compté, je dois lui rendre la ſomme qu'il m'a payée pour le prix du jeu, & lui payer celle que je me ſuis obligé de lui payer, s'il gagnoit la partie.

## SECTION II.

### *Du jeu conſidéré par rapport à la fin pour laquelle on joue.*

29. Il faut à cet égard diſtinguer entre le jeu déſintéreſſé, & le jeu intéreſſé.

J'appelle jeu *déſintéreſſé*, lorſque les joueurs jouent à rien, ou lorſqu'ils jouent ſeulement les frais du jeu, c'eſt-à-dire, lorſqu'on convient que l'avantage de celui qui gagnera la partie, conſiſtera en ce qu'il ne payera rien des frais du jeu, & que ce ſera le perdant qui payera en entier ce qu'on a coutume de donner pour le prix des cartes aux domeſtiques qui les fourniſſent; ou lorſque c'eſt une partie de paume ou de billard, ce qu'il eſt d'uſage de donner au tripotier pour la partie de paume ou de billard.

On peut auſſi appeller jeu *déſintéreſſé*, lorſque la ſomme qu'on joue eſt ſi modique, que la perte de cette ſomme ne puiſſe incommoder celui qui perd la partie, & que celui qui la gagne, ne puiſſe pas paroître s'enrichir en la gagnant.

Lorſque la choſe qu'on joue eſt conſidérable, c'eſt ce qu'on appelle *jeu intéreſſé*, ou *gros jeu*.

## §. I.

### *Des fins qu'on peut avoir dans le jeu désintéressé.*

30. Il y a plusieurs fins que les joueurs peuvent se proposer lorsqu'ils jouent, & qui peuvent les porter à jouer.

Parmi ces fins, il peut y en avoir d'honnêtes, lorsque le jeu est désintéressé; il y en en a aussi de déshonnêtes.

C'est une fin honnête, lorsqu'on joue pour se procurer une récréation & un délassement dont l'esprit a besoin.

Il est évident que cette fin ne peut se renconrrer que dans les personnes qui, après s'être occupées pendant la plus grande partie de la journée à des affaires ou à des études qui demandent de l'application, donnent une petite partie de leur temps à un petit jeu, pour se procurer le délassement dont elles ont besoin.

Cette fin ne peut pas se rencontrer dans les personnes désœuvrées, qui n'occupant leur esprit à rien, n'ont pas besoin de lui procurer un délassement.

31. La fin de se rendre le corps plus souple ou plus vigoureux, est une fin honnête qu'on peut se proposer, en jouant à certains jeux qui renferment un exercice du corps; tels qu'étoient chez les Grecs & chez les Romains la lutte & la course, & tel qu'est parmi nous le jeu de paume. On ne doit néanmoins donner à ces jeux, de même qu'à tous les autres, qu'une très-petite partie de son temps.

32. C'est aussi une fin honnête, lorsqu'on joue par un motif de charité & de complaisance, pour amuser un convalescent qui a besoin qu'on lui procure cette dissipation.

33. A l'égard de ceux qui donnent la plus grande partie de leur temps au jeu, & qui n'ont d'autre fin en jouant que celle de passer le temps, & d'éviter l'ennui, cette fin ne peut passer pour une fin honnête : elle est contraire au droit naturel, qui condamne l'oisiveté comme contraire à l'ordre de Dieu : *homo natus ad laborem, sicut avis ad volatum.*

Dieu ayant établi entre les hommes une société civile, tous les hommes qui la composent, doivent, chacun selon ses talens & son goût, s'occuper à quelque chose qui soit utile au bien de cette société. (1)

Le temps est la chose du monde la plus précieuse; c'est Dieu qui nous l'a donné, & il nous en demandera compte; il ne nous est pas permis d'en perdre la plus petite partie. Il est évident que ceux qui ne se proposent d'autre fin en jouant que celle *de passer le temps*, contredisent directement ces principes du droit naturel, puisqu'au lieu de regarder le temps suivant ces principes comme quel-

(1) De ce principe, que tous les hommes doivent s'occuper à quelque chose qui soit utile au bien de la société civile, on ne doit pas en tirer cette conséquence, que ceux qui s'en retranchent volontairement pour se retirer dans un Monastere, pechent contre le droit naturel en se rendant inutiles à la société civile : car les personnes qui, pour de bonnes raisons, se retirent dans des Monasteres, où l'esprit de la Religion s'est conservé, contribuent, dans leur retraite, plus que personne, au bien de la société civile par leurs prieres, par lesquelles ils fléchissent la colere de Dieu, & détournent les punitions que nos péchés méritent, & ne manqueroient pas d'attirer.

que chose de très-précieux, qu'on doit mettre à profit, ils le regardent comme quelque chose qui leur est à charge, & dont ils doivent chercher à se défaire; car c'est ce qu'ils veulent dire, lorsqu'ils disent qu'il jouent *pour passer le temps*.

## §. II.

### *De la fin que peuvent avoir les joueurs dans les jeux intéressés.*

34. Dans les jeux intéressés, c'est-à-dire, lorsqu'on joue une somme d'argent considérable, ou quelqu'autre chose dont la perte cause au perdant une incommodité notable, la seule fin qui porte à ce jeu, est un désir déréglé de gagner & de s'enrichir de la dépouille de celui contre qui on joue.

35. Les fins honnêtes qui peuvent se rencontrer dans les jeux désintéressés, & que nous avons rapportées au paragraphe précédent, ne peuvent se rencontrer dans le jeu intéressé.

Une des fins les plus honnêtes du jeu est celle de se rendre le corps plus souple & plus vigoureux aux jeux qui contiennent un exercice du corps, tel qu'est le jeu de la paume. Cette fin peut bien porter à jouer à la paume, mais ce n'est pas cette fin qui porte à y jouer des sommes considérables; car il suffit de jouer à la paume pour procurer au corps cet avantage; il n'est pas besoin pour cela d'y jouer gros jeu; ce ne peut donc être qu'une autre fin, qui est l'avarice & le désir du gain, qui porte à y jouer gros jeu.

36. C'est une fin honnête à l'égard de tous les jeux, que de chercher à se procurer une récréation & un délassement dont l'esprit a besoin; mais ce n'est pas cette fin qui porte un joueur à jouer gros jeu, puisqu'il n'est pas nécessaire pour se procurer par le jeu ce délassement, de jouer un gros jeu: bien loin de cela, il n'y a que le jeu désintéressé, qui soit propre à procurer cette fin. Le gros jeu qui excite dans les joueurs un violent désir du gain, & une violente crainte de la perte, qui sont des passions qui agitent l'ame, n'est rien moins que propre à procurer à l'esprit ce délassement.

Les partisans du gros jeu disent que le jeu est insipide, si on ne joue *gros jeu*, & qu'il ne peut par conséquent procurer la récréation qu'on cherche dans le jeu: je réponds, que si ces joueurs ne recherchoient dans le jeu qu'à se délasser l'esprit, le jeu désintéressé ne leur paroîtroit pas insipide; il ne leur paroît tel, que parce qu'il ne satisfait point leur avarice, & le désir de gagner qu'ils apportent au jeu; c'est donc le désir du gain qui est la seule fin qui porte à jouer gros jeu: or je prétends que cette fin à l'égard du jeu, n'est pas une fin honnête; c'est ce que j'ai à prouver.

37. Je ne condamne pas tout désir & toute recherche d'un gain légitime, pour subvenir à nos besoins & à l'éducation de notre famille; cette recherche n'a rien que d'honnête, lorsqu'elle est reglée par les regles de la justice, de la tempérance & de la prudence. Dans le jeu, la recherche du gain qui porte les joueurs à jouer gros jeu, est un désir déréglé du gain; & par conséquent la fin qui porte les joueurs à jouer gros jeu, n'est pas une fin honnête.

Je dis que c'est un désir déréglé du gain; car il n'est pas conduit par sa raison, mais par la passion. Si le joueur consultoit la raison, elle lui feroit appercevoir facilement que l'espérance du gain étant dans le jeu contrebalancée par un risque

de ſe ruiner & de s'appauvrir, qui eſt auſſi grand que l'eſpérance du gain, le jeu n'eſt pas le moyen pour la fin qu'il ſe propoſe. L'expérience acheveroit de le convaincre, y ayant infiniment beaucoup plus d'exemples de perſonnes qui ſe ſont ruinées au jeu, qu'il n'y a de perſonnes qui s'y ſoient enrichies; ce qui ne peut gueres être autrement, parce que dans le jeu, celui qui gagne ne profite pas de tout ce que l'autre perd, & qu'il en faut néceſſairement rabattre les frais du jeu, qui, quoique peu conſidérables par rapport à ce qu'il en coûte chaque fois, le deviennent beaucoup par la continuation & l'aſſiduité.

Le joueur n'étant pas porté par ſa raiſon à rechercher dans le jeu le gain qu'il déſire faire, y eſt porté par la paſſion de l'avarice réunie avec la pareſſe; l'avarice fait naître en lui un déſir avide du gain, & lui fait paſſer en revue les différens moyens de gagner: d'un autre côté, la pareſſe s'oppoſe à ce qu'il prenne, pour parvenir à cette fin, quelques-uns des différens genres d'occupations lucratives, auxquelles il pourroit être propre: il trouve dans le gros jeu une eſpérance de faire un gros gain ſans travail; cette vue flatte ſon avarice, & en même-temps ſa pareſſe; ſéduit & aveuglé par ces deux paſſions, il donne toute ſon application à conſidérer le gros jeu ſous cette face, & il ne fait aucune attention à l'autre face du jeu, qui lui feroit appercevoir le danger du jeu, & le riſque qu'un joueur court en jouant gros jeu, de ſe ruiner ou de s'appauvrir conſidérablement; cette recherche du gain qui eſt la fin qui porte les joueurs à jouer gros jeu, n'étant donc point produite par la raiſon, mais par la paſſion, elle eſt un déſir déréglé, & n'eſt pas par conſéquent une fin honnête.

38. Cette recherche du gain dans le gros jeu peut d'autant moins paſſer pour une fin honnête, qu'elle eſt directement oppoſée au premier précepte du Droit naturel, qui nous ordonne d'aimer notre prochain comme nous-mêmes; car un joueur ne pouvant faire un gros gain au jeu qu'aux dépens de celui contre qui il joue, en le ruinant ou en l'appauvriſſant, il s'enſuit que la fin que ſe propoſe le joueur de faire au jeu un gain conſidérable, renferme néceſſairement la recherche de la ruine ou de l'appauvriſſement de celui contre qui on joue, qui eſt inſéparable de cette fin; la fin qui porte à jouer gros jeu, eſt donc directement contraire à la charité & au Droit naturel, & par conſéquent n'eſt pas une fin honnête.

Dans tous les contrats intéreſſés de part & d'autre qui ſont reçus dans la ſociété civile, chacune des parties contractantes trouve un avantage dans le contrat, & les parties ſe rendent réciproquement ſervice. Cela eſt évident dans les contrats commutatifs: par exemple, lorſque je vends le vin de ma récolte à un Marchand, ce Marchand me fait plaiſir en me donnant de l'argent pour cette marchandiſe qui m'embaraſſeroit, & je lui fais réciproquement plaiſir en lui vendant une marchandiſe ſur laquelle il compte faire un profit dans ſon commerce. Cela ſe rencontre auſſi dans les contrats aléatoires. Par exemple, lorſque je donne à un riche pere de famille un héritage pour une groſſe rente viagere, il me fait plaiſir en me procurant le moyen de vivre plus à mon aiſe, par la groſſe rente qu'il me fait pour un héritage dont je n'ai pas beſoin après ma mort; & je lui fais plaiſir de mon côté, en lui procurant une choſe dont il ſe trouvera, après ma mort, avoir payé le prix ſans preſque s'en être apperçu, ayant trouvé dans le revenu de ſes biens ou de ſa profeſſion, de quoi payer ma rente viagere.

Pareillement dans le contrat d'assurance maritime, les assureurs me font plaisir, en me procurant la commodité de faire, avec sûreté, un commerce maritime que je n'oserois pas faire sans cela, à cause des gros risques auxquels ce commerce expose, & que je ne suis pas en état de supporter. De mon côté, je leur fais plaisir en contribuant par la *prime* que je leur donne, à l'entretien de leur commerce d'assurance, qui, quoique dangéreux & sujet à de grosses pertes, leur procure néanmoins assez ordinairement un gain qui est vraisemblable par la supputation qu'ils sçavent faire de ce dont le nombre des vaisseaux qui arrivent à bon port, surpassent ordinairement celui de ceux qui périssent en chemin.

Dans ce contrat d'assurance, l'une des parties ne recherche pas la perte du bien de l'autre; celui qui fait assurer, ne cherche rien autre chose que la sûreté des fonds qu'il fait assurer; s'ils arrivent à bon port, il est charmé que les assureurs avec qui il a contracté, aient gagné la prime qu'il leur a donnée, sans qu'il leur en coûte rien.

On doit dire la même chose du contrat à la grosse.

Il s'en faut bien qu'il en soit de même dans le contrat du jeu; il s'en faut bien que les parties s'y rendent réciproquement service; au contraire, dans ce contrat, l'une des parties ne peut y trouver l'avantage qu'elle y recherche, qu'en dépouillant l'autre; chacun des joueurs ne cherche qu'à dépouiller celui contre qui il joue, comme deux duellistes cherchent réciproquement à s'ôter la vie.

Le contrat du gros jeu a donc une fin contraire à la charité, & directement opposée aux principes de la société civile, qui n'a établi les commerces & les contrats, que pour que les membres de cette société s'aidassent mutuellement, & se rendissent mutuellement service. Le contrat du gros jeu, considéré du côté de sa fin, est donc contraire aux bonnes mœurs; & comme tel, doit être proscrit.

# CHAPITRE II.

*Où l'on rapporte les Loix des Romains & les nôtres sur le jeu.*

## §. I.

### *Loix Romaines.*

39. LE jeu étoit très-sévérement défendu par les Loix Romaines. Le Jurisconsulte Paul fait mention d'un Sénatus-consulte, qui défendoit de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, si ce n'est à certains jeux qui contenoient un louable exercice du corps, & étoient utiles pour la guerre, lesquels étoient nommément exceptés : *Senatus-consultum vetuit in pecuniam ludere; præter quàm si quis certet hastâ vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causâ fiat;* L. 2, *fin.* ff. *de aleatorib.*

40. Cette défense de jouer de l'argent comprenoit toutes les choses apprécia-

bles à prix d'argent. Il étoit seulement permis de jouer son écot dans un festin, même à des jeux de hasard; *quod in convivio vescendi causâ ponitur, in eam rem aleâ ludere permittitur*; L. 4, ff. *d. tit.*

La raison de cette exception est sensible. La fin qui rend le jeu contraire aux bonnes mœurs, qui consiste dans le desir de s'enrichir aux dépens, & par la dépouille de celui contre qui on joue, ne se rencontre pas dans ce cas, où le prix du jeu ne doit pas entrer dans la poche du gagnant, mais doit être employé au festin.

41. Ce Sénatus-Consulte qui défendoit de jouer de l'argent, ne se bornoit pas à dénier l'action pour ce qui avoit été gagné au jeu; il donnoit une action au perdant contre le gagnant, pour répéter ce qu'il lui avoit payé pour le prix du jeu.

On admettoit à cette répétition, même les enfans contre leur pere, & les affranchis contre leur patron, *adversùs parentes & patronos est repetitio ejus quod in aleâ* (1) *lusum est*; (2) *utilis ex hoc edicto* (3) *datur*; d. L. 4, §. 2.

On ne sçait pas précisément le temps de ce Sénatus-Consulte; il peut être du temps de Septime-Severe, ou de quelqun de ses Prédécesseurs. Quoi qu'il en soit, il n'avoit pas établi un droit nouveau; il ne faisoit que confirmer les anciennes Loix qui n'étoient malheureusement que trop mal observées. Il est fait mention dans la seconde Philippique de Ciceron, *n.* 28, d'une procédure criminelle (*publicum judicium*) établie contre ceux qui jouoient aux jeux de hasard.

42. Ceux qui recevoient chez eux des joueurs pour y jouer à des jeux de hasard, étoient si odieux, que le Préteur leur refusoit toute action, pour les insultes qu'on leur auroit faites, les dommages qu'on leur auroit causés, ou les vols qu'on leur auroit faits pendant ce temps: *Si quis eum apud quem aleâ lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, aut si quid eo tempore dolo ejus subtractum est, judicium non dabo*; L. 1, ff. *d. tit.*

Le Préteur jugeoit que cet homme ayant, en recevant des joueurs chez lui, donné occasion à ces délits, n'étoit pas recevable à s'en plaindre.

43. Le Préteur punissoit aussi ceux qui avoient forcé quelqu'un à jouer; ils étoient punis par amende, ou par prison; *d.* L. 1, §. *fin.*; L. 2.

44. Justinien a enrichi sur les Loix contre le jeu. Il défend, comme l'avoit fait l'ancien Sénatus-Consulte, de jouer à l'argent à quelqu'espece de jeu que ce soit, à l'exception seulement de certains jeux qui sont nommés dans sa Consti-

---

(1) Nous avons suivi la Leçon de Cujas, qui a restitué dans le texte ce mot *aleâ*, au lieu de *familiâ*, qui ne présente aucun sens.

(2) Les enfans & les affranchis n'étoient pas admis à intenter l'action *directa*, c'est-à-dire, qui nait directement de cette Loi; parce que cette action étant *famosa*, elle emportoit note d'infamie contre le joueur qui étoit condamné par cette action, & qu'il n'étoit pas permis d'intenter les actions de cette espece, contre les personnes à qui on devoit le respect. Mais à la place de cette action, on donnoit aux enfans & aux affranchis une action *utilis* ou *in factum*, qui, sans emporter infamie, étoit aux mêmes fins.

(3) Cet Edit est le Sénatus-Consulte dont Paul parle au commencement de la Loi: les Edits des premiers Empereurs étoient confirmés par un Sénatus-Consulte; c'est pourquoi ces Loix s'appellerent *promiscuè*, tantôt *Edictum*, tantôt *Senatus-Consultum*. Voyez notre Préface *in Pand. Justin.* pag. 15.

tution, qui contiennent un louable exercice du corps; mais au lieu que l'ancien Sénatus-Conſulte avoit permis de jouer de l'argent à ces jeux ſans limiter la ſomme, Juſtinien ordonne qu'on ne pourra jouer à ces jeux permis plus d'un écu d'or pour une partie de jeu.

A l'égard des autres jeux, Juſtinien donne une action aux perdans contre les gagnans, pour la répétition de ce qu'ils ont payé pour le prix du jeu, comme avoit fait l'ancien Sénatus-Conſulte; mais il ajoute deux choſes: 1°. il ordonne que cette action ne ſera pas ſujette à la preſcription ordinaire à laquelle ſont ſujettes toutes les actions, qui eſt celle de trente ans, & que le perdant & ſes héritiers ſeront reçus à cette répétition pendant le temps de 50 ans: 2°. il ordonne que dans le cas auquel le perdant négligeroit de répéter la ſomme qu'il a perdue au jeu, les Officiers municipaux de la Ville où le délit a été commis, pourroient pourſuivre la répétition de cette ſomme pour être employée à des ouvrages publics pour l'utilité & la décoration de la Ville; L. 1, 2 & 3, *Cod. de Aleat.*

## §. II.

### *Des Loix des Rois de France.*

45. Nous trouvons dans les Capitulaires de Charlemagne une Loi de ce Prince, qui confirme les défenſes de jouer aux jeux de haſard, faites, tant aux Laïcs qu'aux Eccléſiaſtiques, par le Concile de Mayence, tenu l'an 813.

Nous avons une Ordonnance de S. Louis, de l'an 1254, qui défend de jouer aux dez.

Nous en avons une de Charles-le-Bel de l'an 1319, & de Charles V, du 13 Avril 1369, qui défend les jeux de dez, de tables ou trictrac, de quilles, de billes, de boules, & généralement tous les jeux, à l'exception de ceux qui ſont propres à exercer au fait des armes; à peine, contre les contrevenans, de 40 ſols d'amende.

46. Par la ſuite, tous les jeux ne furent pas indiſtinctement défendus; car Charles VIII dans une Ordonnance pour la Police des priſons du Châtelet de Paris, après avoir fait une défenſe générale aux priſonniers de jouer aux dez, permet aux perſonnes de naiſſance qui y ſont retenus pour cauſes légeres & civiles, de jouer au trictrac & aux échecs.

De Lamarre en ſon Traité de la Police, rapporte des Lettres-Patentes de François I, en faveur du jeu de la Paume, qui permettent d'exiger ce qui a été gagné à ce jeu.

47. Charles IX, par l'Ordonnance d'Orléans, *art.* 101, défend avec les bordels, tous brelans, jeux de quilles & de dez, à peine, contre les contrevenans, d'être punis extraordinairement.

Le même Prince, par l'Ordonnance de Moulins en 1566, *art.* 59, donne une action aux mineurs pour la répétition de ce qu'ils ont perdu aux jeux de haſard, *ſans néanmoins approuver ces ſortes de jeux entre majeurs.*

48. Par une déclaration du Roi Louis XIII, du 30 Mai 1611, il eſt dit: « faiſons défenſes à toutes perſonnes de tenir brelans, ni s'aſſembler pour jouer » aux cartes ou aux dez, même aux propriétaires détenteurs de leurs mai-

» ſons, ou locataires d'icelles, d'y recevoir ceux qui tiendront leſdits brelans, » ou joueront eſdits jeux, à peine d'amende, d'autre punition s'il y échet, & » d'être, en leur propre & privé nom, reſponſables de la perte des deniers qui » y ſera faite, & tenus à la reſtitution d'iceux.» Enjoignons aux Juges de ſe tranſporter ès maiſons où ils ſeront avertis y avoir brelans & aſſemblées, de ſe ſaiſir de ceux qui s'y trouveront, enſemble de leur argent, bagues, joyaux, & autres choſes expoſées au jeu, en faire & diſtribuer les deniers aux pauvres des Hôtels-Dieu, &c.

L'Arrêt d'enregiſtrement déclare *nulles* les promeſſes faites pour le jeu, & ordonne que toute action ſoit déniée pour raiſon d'icelles.

L'Auteur de la Morale de Grenoble rapporte mal cette déclaration de 1611; il ſemble lui faire dire qu'elle donne à ceux qui ont perdu une ſomme au jeu, le droit de la repéter contre les gagnans à qui ils l'ont payée; il paroît au contraire par les termes de cette déclaration que nous venons de rapporter, & qui eſt rapportée en entier dans le Traité de la Police de Lamarre, *Tom. I, pag.* 458; que ce n'eſt pas contre le joueur que cette répétition eſt accordée, mais c'eſt contre celui qui a prêté ſa maiſon pour jouer. La Loi prononce cette peine contre lui, pour le punir d'avoir donné lieu à la perte du jeu en prêtant ſa maiſon.

On peut voir dans le même Traité de Police les Arrêts & Reglemens de Police contre ceux qui donnent à jouer, ſur-tout aux jeux de Pharaon, la Baſſette, Lanſquenet, & autres.

## CHAPITRE III.

*Si le jeu produit quelque obligation; & ſi on eſt obligé de reſtituer ce qu'on a gagné au jeu, à ceux qui ont perdu.*

49. Les anciennes Ordonnances de nos Rois ayant défendu tous les jeux, à l'exception de ceux qui ſont propres à exercer au fait des armes, & n'ayant fait aucune diſtinction à l'égard de tous les autres jeux, entre ceux qui ſont jeux d'adreſſe, & ceux qui ſont jeux d'haſard, ni entre le gros jeu, & le petit jeu; c'étoit une conſéquence que les jeux, quels qu'ils fuſſent, à l'exception de ceux propres à exercer au fait des armes, ne puſſent produire d'obligation civile, & que les joueurs ne duſſent pas être reçus à pourſuivre en Juſtice le paiement de ce qu'ils auroient gagné au jeu.

50. Quoique par la ſuite la défenſe des jeux ait été bornée aux jeux de haſard, néanmoins la Juriſprudence s'eſt conſervée de dénier l'action pour le jeu, à l'égard de quelque jeu que ce fût.

La raiſon eſt, que quoique la défenſe des jeux ne ſubſiſte aujourd'hui qu'à l'égard des jeux de haſard, les autres jeux ſont plutôt tolérés qu'autoriſés; ou s'ils ſont permis, ils ne le ſont que comme ſimples récréations, & ne ſont point conſidérés comme actes de commerce, deſtinés à produire des droits & des obligations. C'eſt pourquoi les joueurs peuvent bien recevoir honnêtement & licitement

tement les ſommes modiques qu'ils ont gagnées en jouant à un petit jeu ; mais quelque permis que ſoient ces petits jeux, ils ne le ſont pas juſqu'au point de donner aux joueurs une action pour pourſuivre en Juſtice le paiement des ſommes qu'ils y ont gagnées.

51. A l'égard des jeux propres à exercer au fait des armes, ces jeux étant expreſſément autoriſés par les Loix, on doit donner une action aux joueurs pour le paiement de ce qu'ils ont gagné à ces jeux. Par exemple, ſi pluſieurs perſonnes ont joué enſemble un écu au profit de celle d'entr'elles qui tireroit le plus juſte ſon coup de fuſil dans un blanc ; ce jeu étant un jeu propre à exercer pour le fait des armes, & expreſſément autoriſé, je penſe que le gagnant doit avoir une action pour contraindre au paiement de l'écu les refuſans.

Mais ſi on avoit joué, même aux jeux de cette eſpece, des ſommes exceſſives, je crois que l'action devroit être déniée au gagnant ; car la fin de ces jeux n'eſt plus alors celle de faire connoître ſon habileté dans un exercice utile, mais celle de s'enrichir en dépouillant ceux contre qui on joue, qui eſt une fin deshonnête. C'eſt pourquoi Juſtinien, comme nous avons vu ci-deſſus, fixe la ſomme qu'on pouvoit jouer licitement à ces jeux d'exercice ; n'étant pas fixée parmi nous, elle doit être laiſſée à l'arbitrage du Juge.

52. La plus grande difficulté ſur l'obligation du jeu, concerne le for de la conſcience. C'eſt une queſtion controverſée, ſi dans ce for celui qui a perdu ſur ſa parole une ſomme conſidérable à des jeux défendus eſt obligé de la payer, ou ſi au contraire celui qui l'a gagnée n'eſt pas obligé de la reſtituer au perdant qui la lui auroit payée. On peut examiner cette queſtion dans deux cas différens, 1°. dans le cas auquel la Loi civile condamne le jeu ſans donner d'action aux perdans pour la répétition des ſommes qu'ils ont perdues au jeu ; 2°. dans le cas auquel la Loi civile donneroit aux perdans cette répétition.

## §. I.

### *Examen de la queſtion dans le cas auquel la Loi civile condamne le jeu, ſans néanmoins accorder aux perdans la répétition des ſommes perdues au jeu.*

53. C'eſt le cas auquel nous nous trouvons dans les Provinces du Royaume qui ne ſont pas régies par le Droit écrit : les Loix Romaines qui donnent aux joueurs la répétition de ce qu'ils ont perdu au jeu étant des loix poſitives, n'y ont pas force de loi. Nous n'avons dans ces Provinces des loix civiles ſur le jeu, que les Ordonnances de nos Rois, les Arrêts & Réglemens de Police faits en exécution : or toutes ces loix ſe bornent à condamner les jeux, à prononcer de groſſes amendes contre ceux qui donnent à jouer, & à dénier l'action pour ce qui a été gagné au jeu ; mais il n'y a aucune de ces loix, qui donne aux perdans, lorſqu'ils ſont majeurs, la répétition des ſommes qu'ils ont perdues au jeu. L'Ordonnance de Charles IX, que nous avons rapportée au Chapitre précédent, en accordant cette répétition aux mineurs, ſuppoſe clairement que les majeurs qui ont perdu au jeu des ſommes conſidérables, n'en ont pas la répétition lorſqu'ils

les ont payées : *nam qui dicit de uno , negat de altero ;* & ce qui y eſt dit *ſans approuver les jeux entre majeurs* , eſt une improbation du jeu qui peut bien faire dénier aux gagnans l'action, mais qui n'eſt pas ſuffiſante pour faire donner une action aux perdans, pour la répétition des ſommes qu'ils ont perdues au jeu, lorſqu'ils les ont payées.

54. Quoique les gagnans ne ſoient obligés par aucune Loi civile à la reſtitution des ſommes qu'ils ont gagnées au jeu, ne ſont-ils pas obligés à cette reſtitution dans le for de la conſcience ; ou au contraire les perdans ne ſont-ils pas obligés dans ce for à payer les ſommes qu'ils ont perdues, quoique la Loi civile ne donne pas d'action pour les y contraindre ? c'eſt ce qu'il s'agit ici d'examiner.

La queſtion eſt très-controverſée. Ceux qui ſoutiennent que le joueur qui a gagné au jeu, eſt obligé dans le for de la conſcience de reſtituer ce qu'il a gagné à celui à qui il l'a gagné, ſe fondent ſur ce raiſonnement. On ne peut pas retenir juſtement ce qu'on a acquis ſans cauſe ou pour une cauſe injuſte : or, une ſomme conſidérable qu'un joueur a gagné à un jeu de haſard condamné par les Loix, eſt acquiſe par une cauſe injuſte ; donc il ne peut pas la retenir en conſcience, & il doit la reſtituer. Ceux qui tiennent l'opinion contraire répondent qu'il faut diſtinguer, entre une cauſe qui eſt mauvaiſe & injuſte en elle-même & intrinſéquement, & celle qui ne contient en ſoi & intrinſéquement aucune injuſtice, & qui n'eſt mauvaiſe que par quelque vice qui lui eſt extrinſeque. Lorſque la cauſe eſt mauvaiſe en ſoi, c'eſt le cas de l'obligation de reſtituer : par exemple, lorſque j'ai reçu de vous un gros intérêt uſuraire en exécution d'un contrat uſuraire, je ſuis obligé à reſtitution, parce que le contrat uſuraire, qui eſt la cauſe de mon acquiſition, eſt mauvais en ſoi, & renferme intrinſéquement une injuſtice.

Il en eſt autrement lorſque la cauſe de l'acquiſition ne renferme en ſoi aucune injuſtice, & n'a qu'un vice qui lui eſt extrinſeque. Par exemple, lorſque j'ai fait un bail à loyer d'un appartement dans ma maiſon à un Abbé, qui eſt collateur d'un grand nombre de bénéfices, dans la vue de faire connoiſſance avec lui & d'en obtenir un ; quoique cette fin ſoit déshonnête & ſimoniaque, quoique ce ſoit cette fin ſeule qui m'ait porté à faire un bail de cet appartement, que j'aurois ſans cela occupé par moi-même avec le reſte de la maiſon, cette fin qui m'a porté à faire le contrat du bail à loyer, étant quelque choſe d'extrinſeque à ce contrat, lequel en ſoi eſt équitable & ne renferme aucune injuſtice, ce contrat ne laiſſera pas d'être un titre & une cauſe légitime de l'acquiſition des ſommes d'argent qui me ſeront payées pour les loyers de mon appartement en exécution de ce contrat.

Pareillement, lorſque je vous ai achété une choſe pour une rente viagere qui a été éteinte par votre mort qui eſt ſurvenue peu après ; quoique je n'aie eu d'autre vue, en faiſant ce contrat, que le déſir de m'enrichir à vos dépens par votre mort prochaine, dont je me flattois, & que je déſirois ardemment, néanmoins ſi la rente viagere pour laquelle j'ai acheté votre héritage, étoit, eu égard à votre âge & à la ſanté dont vous jouiſſiez lors du contrat, le juſte prix de votre héritage ; ce contrat quelque déshonnête qu'en ait été la fin, n'étant pas mauvais en ſoi & ne renfermant aucune injuſtice, eſt un titre & une cauſe trés-légitime de l'acquiſition que j'ai faite de l'héritage.

Pareillement, lorſqu'un Marchand vend un jour de Dimanche, pendant la

Grande-Meſſe, une marchandiſe de ſa boutique à quelqu'un, quoique cette vente ait un vice par la contravention qu'elle renferme aux Loix de Police, qui défendent aux Marchands de vendre dans leurs boutiques pendant l'Office Divin ; néanmoins cette contravention étant quelque choſe d'extrinſeque au contrat de vente, ſi le contrat de vente ne contient en ſoi aucune injuſtice, & que la marchandiſe n'ait pas été vendue au-delà du juſte prix, le contrat de vente, quoique fait en contravention des Loix de Police, ne laiſſera pas d'être un juſte titre & une juſte cauſe de l'acquiſition que ce Marchand a faite de la ſomme qui lui a été payée pour le prix de cette vente.

55. Pour faire au jeu l'application de cette diſtinction, il faut voir en quel ſens on peut dire que le contrat du jeu eſt mauvais & illicite. Eſt-il mauvais en lui-même ? Renferme-t-il en lui-même quelqu'injuſtice ? Nous avons établi au premier Chapitre, que le contrat du jeu en ſoi ne renferme aucune injuſtice, pourvu que les joueurs aient joué des choſes dont ils avoient le droit de diſpoſer, qu'ils aient joué librement, qu'il y ait eu égalité dans les conditions du contrat, & fidélité dans l'exécution.

Il n'y a de mauvais dans le contrat du jeu, que la fin qui porte les joueurs à jouer, qui eſt toujours un déſir déréglé du gain lorſqu'ils jouent gros jeu, & la contravention aux Loix civiles qui défendent les jeux de haſard. Cette fin déshonnête, cette contravention à la Loi civile étant des choſes extrinſeques au contrat du jeu, n'empêchent pas que ce contrat, lorſqu'il ne contient en ſoi aucune injuſtice vis-à-vis de la perſonne contre qui j'ai joué, ne puiſſe être une juſte cauſe d'acquiſition des ſommes que j'ai gagnées au jeu ; de même que la vente faite par un Marchand dans ſa boutique, pendant l'Office Divin, eſt une juſte cauſe de l'acquiſition que ce Marchand a faite de la ſomme d'argent qui lui a été donnée pour le prix de cette vente, quoique cette vente ſoit mauvaiſe par rapport à la circonſtance du temps dans lequel elle a été faite, parce que le vice eſt extrinſeque, & qu'il ſuffit que le contrat en ſoi ne contienne aucune injuſtice vis-à-vis de la perſonne à qui ce Marchand a vendu ſa marchandiſe.

Lorſque la Loi civile, pour de bonnes raiſons, défend un contrat qui ne contient en ſoi aucune injuſtice, l'effet de la Loi eſt de rendre ceux qui contreviennent à la Loi ſujets à des peines, comme à des amendes, à des confiſcations : l'effet de la Loi eſt de dénier toute action pour l'exécution du contrat qu'elle défend ; ce n'eſt qu'en ce ſens qu'on dit : *nullum pactum, nullum conventum, lege contrahere prohibente ;* c'eſt-à-dire, que la Loi le prive d'exécution dans le for extérieur ; mais le contrat quoique fait en contravention de la Loi, ne laiſſe pas d'exiſter ; & lorſqu'il ne renferme en ſoi aucune injuſtice de l'une des parties envers l'autre, il oblige dans le for de la conſcience.

Suivant ces principes, l'effet de nos Loix civiles qui condamnent les jeux de haſard, eſt de rendre les joueurs ſujets aux amendes qu'elles prononcent ; leur effet eſt de dénier toute action aux promeſſes qui ont le jeu pour cauſe ; mais le contrat du jeu, quoiqu'intervenu contre la défenſe de la loi civile, étant un contrat qui ne renferme aucune injuſtice en ſoi, ne doit pas moins obliger celui qui a perdu à exécuter ſon engagement, & à payer la ſomme qu'il a jouée ; & ce contrat eſt une juſte cauſe de l'acquiſition que le gagnant fait de cette ſomme.

En effet, c'eſt une choſe qui réſiſte évidemment à la bonne foi, qu'après vous avoir fait courir le riſque de me donner la ſomme que nous avons jouée enſemble, que je comptois bien recevoir de vous, ſi le ſort m'eût été favorable, je refuſe de vous la donner lorſque vous l'avez gagnée.

56. Ceux qui ſoutiennent l'obligation de reſtituer ce qui a été gagné au jeu, inſiſtent & diſent que le jeu de hazard eſt mauvais, non-ſeulement par la contravention à la loi civile, & par rapport à la fin qui porte au jeu les joueurs; mais qu'il eſt mauvais en ſoi, 1°. en ce qu'il contient une profanation du ſort qu'ils regardent comme quelque choſe de religieux; 2°. en ce qu'il eſt en ſoi contraire à l'équité naturelle. Nous ne nous arrêterons pas à la premiere eſpece de vice qu'on reproche au jeu, ayant été ſuffiſamment établi au chapitre premier, *art.* 1, que c'étoit ſans aucun fondement qu'on attribuoit au ſort quelque choſe de religieux, & qu'on prétendoit que les jeux de hazard en fuſſent une profanation. Nous examinerons ſeulement ſi on eſt fondé à prétendre que le gros jeu eſt en ſoi & par la nature même du jeu, contraire à l'équité naturelle. Pour le prouver, voici le raiſonnement que font ceux qui ſoutiennent l'obligation de reſtituer le gain du jeu : l'équité naturelle ne permet pas, diſent-ils, de s'enrichir aux dépens d'autrui; *neminem æquum eſt cum damno alterius locupletari*, L. 206, ff. *de reg. jur.* Or le gain du jeu, par la nature même du jeu, ſe fait aux dépens de celui contre qui on joue, & ſouvent par la ruine entiere de celui contre qui on joue. Le gain qu'on fait au jeu eſt donc par la nature même du jeu, un gain contraire à l'équité, & ne peut par conſéquent être licitement retenu.

La réponſe eſt facile. La loi de l'équité naturelle qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, n'a d'application qu'au cas auquel je m'enrichirois aux dépens de quelqu'un, ſans lui avoir payé, en aucune maniere que ce ſoit, le prix de la choſe dont je m'enrichis à ſes dépens. Par exemple, lorſque quelqu'un a enſemencé mon champ par erreur, croyant enſemencer le ſien; quoique la récolte qui eſt née de la ſemence qu'il a jettée dans mon champ, m'appartienne, étant une acceſſion de mon champ, je pécherois contre l'équité, ſi je ne lui rembourſois le prix de cette ſemence, parce que j'en profiterois, & je m'en enrichirois à ſes dépens.

Mais cette regle qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, n'a pas d'application, & ne peut pas être oppoſée dans le cas auquel celui qui s'enrichit aux dépens d'un autre, lui a payé en quelque maniere le prix de la choſe dont il s'eſt enrichi à ſes dépens. Par exemple, ſi vous m'avez vendu pour une groſſe rente viagere un héritage, & que peu de jours après vous ayez perdu la vie par un accident imprévu, je puis très-licitement & très-équitablement retenir cet héritage que vous m'avez vendu à rente viagere, ſans qu'on puiſſe m'oppoſer que l'équité ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui; car je vous ai payé le prix de cet héritage par le riſque que j'ai couru de vous payer le double & le triple de ſa valeur, ſi vous euſſiez vécu long-temps; & quoiqu'alors ce que je vous ai donné en paiement, ne fût pas de l'argent ni aucune autre choſe phyſique, le paiement n'en eſt pas moins véritable; ce riſque que j'ai couru, & par lequel je vous ai payé, étant un être moral & appréciable, qui peut auſſi-bien ſervir de prix de votre héritage, comme de l'argent ou toute autre choſe.

Il en eſt de même du jeu. Lorſque je vous ai gagné une groſſe ſomme au jeu, la regle d'équité qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, ne peut pas plus m'être oppoſée que dans l'eſpece précédente : car je vous ai pareillement payé le prix de ce que je vous ai gagné, par le riſque que j'ai couru de vous en donner autant, ſi le ſort vous eût été favorable. Si je ne vous ai pas payé par quelque choſe de phyſique, je vous ai payé par le riſque que j'ai couru, qui eſt un être moral, & qui étant parfaitement égal à celui que vous avez couru, ne laiſſe aucune injuſtice dans le contrat.

57. On inſiſte encore, & on dit : n'eſt-ce pas une choſe contraire à la raiſon que la chûte des dez ſous une certaine face, ou un partage de cartes, faſſe qu'une ſomme d'argent doive appartenir à Pierre plutôt qu'à Jean ? C'eſt néanmoins ce qui arrive dans le jeu. Le jeu eſt donc en ſoi contraire à la raiſon, & par conſéquent au droit naturel.

On répond, que la chûte des dez ſous une certaine face, n'eſt pas dans le jeu la cauſe qui fait paſſer au gagnant la ſomme que le perdant a jouée contre lui ; elle eſt ſeulement la condition ſous laquelle le perdant eſt convenu de donner cette ſomme au gagnant : c'eſt cette convention qui eſt la cauſe de l'acquiſition que le gagnant fait de cette ſomme. Or cette convention n'a rien de contraire au droit naturel ; le perdant étant un majeur qui avoit le droit de diſpoſer à ſon gré de ce qui étoit à lui, au profit de qui bon lui ſembloit, même ſans condition, avoit auſſi le droit d'en diſpoſer ſous telle condition que bon lui ſembleroit, pourvu qu'elle ne fût ni impoſſible, ni contraire aux bonnes mœurs : il nous eſt permis de faire dépendre la diſpoſition que nous faiſons de nos biens & nos conventions, de conditions fortuites & qui dépendent du pur haſard, comme on le peut voir *paſſim* aux titres du Digeſte & des Inſtitutes, *de verb. oblig.*

58. Après avoir rapporté ce qu'on dit de part & d'autre, pour ou contre l'obligation de reſtituer ce qui a été gagné au jeu, s'il m'eſt permis de dire mon avis, j'incline à penſer que ceux qui ont perdu, en jouant ſur leur parole, à des jeux défendus, des ſommes conſidérables, ſont obligés, dans le for de la conſcience, de les payer, & que celui qui les a gagnées, n'eſt pas obligé de les reſtituer, pourvu que les quatre conditions que nous avons rapportées au Chapitre premier, qui ſont requiſes pour que le jeu ne renferme en ſoi aucune injuſtice, ſe trouvent avoir concouru. Néanmoins ſi un joueur s'étoit enrichi à jouer des jeux défendus, ( ce qui n'arrive gueres, étant ordinaire que les joueurs de profeſſion ſe ruinent plutôt qu'ils ne s'enrichiſſent ; ) comme en jouant à ces jeux défendus, il a griévement offenſé Dieu, je penſe que la ſatisfaction qu'il doit à la Juſtice divine, pour ſon péché, & le regret qu'il doit avoir de l'avoir commis, doivent le porter à ne pas vouloir profiter du gain qu'il a fait en péchant, & à s'en dépouiller, ſoit en le rendant à ceux qui ont perdu, ſoit en l'appliquant à des œuvres pieuſes. Cette obligation eſt de l'eſpece de celles que nous avons appellées en notre *Traité des Obligations*, n. 1, *Obligations imparfaites*, dont nous ne ſommes comptables qu'à Dieu, & qui ne donnent à perſonne aucun droit contre nous ; c'eſt pourquoi ceux qui, en jouant volontairement & de leur plein gré, ont perdu de bonne grace les ſommes dont ce joueur s'eſt enrichi au jeu, n'ont aucun droit de les lui rede-

mander. Néanmoins je penſe que s'il a connoiſſance des perſonnes qui ont ſouffert une diminution conſidérable dans leur fortune, par les pertes qu'ils ont faites en jouant contre lui, il ne peut faire un meilleur emploi du bien qu'il a gagné a jeu, & dont il veut ſe dépouiller, qu'en l'employant à rendre à ces perſonnes les ſommes qu'il leur a gagnées; & qu'il ne doit appliquer en œuvres pieuſes le gain qu'il a fait au jeu, que ſubſidiairement, & lorſqu'il ne connoît pas ceux qui ſe ſont notablement incommodés en jouant contre lui.

## §. II.

*Examen de la queſtion dans les pays où il y auroit une Loi en vigueur qui donneroit aux perdans une action pour la répétition des ſommes qu'ils ont perdues au jeu, contre les gagnans qui les ont reçues.*

59. Dans les Provinces où il y auroit une pareille Loi en vigueur, le contrat du jeu ne peut pas obliger, même dans le for de la conſcience, les perdans à payer les ſommes qu'ils ont perdues au jeu; car il répugne qu'ils puiſſent être obligés à payer ce que les gagnans ſeroient obligés de leur reſtituer, s'ils l'avoient payé. Or il n'eſt pas douteux qu'en ſuppoſant qu'il y ait dans un pays une Loi qui ordonne la reſtitution de ce qui a été gagné au jeu, les joueurs ne ſoient obligés à cette reſtitution dans le for de la conſcience, auſſi bien que dans le for extérieur; car les Loix civiles obligent, dans l'un & l'autre for, ceux qui y ſont ſujets; les perdans ne peuvent donc pas être obligés, même dans le for de la conſcience, à leur payer les ſommes qu'ils ont perdues.

Néanmoins Barbeyrac, dans ſon Traité du Jeu, *liv. 3, chap. 9, n. 15*, prétend que même dans les pays où il y auroit une Loi qui donneroit une action pour la répétition de ce qui a été perdu au jeu, le perdant ne peut pas en conſcience avoir recours à cette Loi pour ſe diſpenſer de payer ce qu'il a perdu au jeu, ni encore moins pour le répéter, parce que ce ſeroit une choſe contraire à la bonne foi, qu'après avoir joué avec vous contre la défenſe de la Loi, dans la confiance que vous ne vous prévaudriez pas contre moi de cette Loi, ſi vous perdiez, je vouluſſe m'en prévaloir contre vous, lorſque c'eſt moi qui perds, & que je refuſaſſe de vous payer cette ſomme qui eſt le prix du riſque que je vous ai fait courir, de m'en payer autant ſi j'euſſe gagné.

Mais comment peut-il ſe faire que je ſois obligé, dans le for de la conſcience, à vous rendre cette ſomme, pendant qu'on ſuppoſe qu'il y a une Loi en vigueur qui vous oblige, dans l'un & l'autre for, à me la rendre ſi je vous l'avois payée? Barbeyrac répond à cela que la Loi de Juſtinien, en ordonnant la reſtitution de ce qui a été gagné au jeu, ne fait pas ce commandement aux joueurs, mais qu'elle commande aux Juges de condamner les gagnans à cette reſtitution, lorſqu'elle ſera demandée, non comme ayant reçu la ſomme induement, mais par forme de peine de leur contravention à la Loi: d'où Barbeyrac conclut que les joueurs ne ſont pas obligés, même par cette Loi, dans le for de la conſcience, à la reſtitution de ce qu'ils ont gagné au jeu, ſi ce n'eſt lorſqu'ils y ont été condamnés.

Ce qu'ajoute Barbeyrac au *n.* 16, eſt encore plus ſingulier. Après avoir dit au *n.* 15, que le joueur qui avoit perdu, ne pouvoit pas, dans le for de la conſcience, ſe ſervir de la Loi de Juſtinien, quand même on la ſuppoſeroit en vigueur, pour ſe diſpenſer de payer ce qu'il a perdu au jeu, ni pour le répéter, il dit au *n.* 16, que l'héritier du joueur qui a perdu, peut, dans le for de la conſcience, profiter de la Loi de Juſtinien dans le pays où elle ſeroit en vigueur, pour répéter dans les cinquante ans, les ſommes perdues au jeu par le défunt, contre celui qui les lui a gagnées; parce que n'ayant pas lui-même contracté l'engagement de payer la ſomme perdue au jeu par le défunt, il n'offenſe pas la bonne foi, en profitant de la Loi qui lui en accorde la reſtitution. Cela me paroît abſurde, car ſi, comme le prétend Barbeyrac, le joueur qui a perdu, nonobſtant la Loi qui lui accorde la répétition de la ſomme qu'il a perdue, devoit véritablement, dans le for de la conſcience, la ſomme qu'il a perdue; s'il l'a payée duement, il n'avoit pas le droit de la répéter; mais s'il ne l'avoit pas, ſon héritier ne peut pas l'avoir; car s'il ne l'avoit pas, ſon héritier n'a pas pu le trouver dans ſa ſucceſſion; il n'a pas pu tranſmettre à ſon héritier un droit qu'il n'avoit pas lui-même.

Ce que dit Barbeyrac, que la Loi de Juſtinien commande ſeulement au Juge de contraindre le joueur à la reſtitution de ce qu'il a gagné au jeu, lorſque la reſtitution en eſt demandée, mais qu'elle ne commande pas au joueur de faire cette reſtitution, & qu'elle ne lui en impoſe point l'obligation, s'il n'y eſt condamné, n'eſt pas plus ſoutenable; car l'action que cette Loi donne au perdant contre le gagnant, pour la reſtitution de la ſomme perdue au jeu, ſuppoſe néceſſairement une obligation impoſée par cette Loi au gagnant de reſtituer cette ſomme.

Une action perſonnelle, telle qu'eſt cette action, ne peut naître que d'une obligation contractée envers celui qui l'intente, par celui contre qui elle eſt intentée. C'eſt ce qui réſulte de la définition qu'on donne de l'action: *actio eſt jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur.* L'action que la Loi de Juſtinien donne au perdant pour la reſtitution de la ſomme perdue au jeu, ſuppoſe donc une obligation impoſée par cette Loi au gagnant de reſtituer cette ſomme; le gagnant eſt donc, dans les pays où la Loi ſeroit en vigueur, obligé dans l'un & l'autre for à la reſtitution des ſommes qu'il a gagnées au jeu, & par conſéquent celui qui les a perdues, ne peut, dans ces pays, être obligé dans le for de la conſcience de les payer.

Cette vérité eſt reconnue par Laplacette, dans ſon Traité des *Jeux de haſard*, dans lequel il établit qu'on n'eſt pas obligé à reſtituer le gain du jeu; il reconnoit que ſon principe reçoit exception dans les lieux où il y a une Loi civile en vigueur qui l'ordonne.

60. Dans nos Provinces qui ſe régiſſent par le Droit Romain, la Loi de Juſtinien contre les jeux eſt-elle en vigueur? C'eſt une queſtion de fait dont la déciſion doit être laiſſée aux Juges & aux Avocats de ces Provinces, qui ſont en état de certifier l'uſage qui s'y obſerve à cet égard. Quoique les peuples de ces Provinces aient adopté le corps des Loix Romaines, il y en a néanmoins qui ont été abrogées par l'uſage.

*Fin du Traité du Contrat du Jeu.*

TRAITÉ

# TRAITÉ
## DU CONTRAT
# DE MARIAGE.

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

NOUS avons cru ne pouvoir mieux terminer notre Traité des Obligations, & des différens contrats & quasi-contrats d'où elles naissent, que par un Traité du Contrat de Mariage, ce contrat étant le plus excellent & le plus ancien de tous les contrats.

Il est le plus excellent, à ne le considérer même que dans l'ordre civil, parce que c'est celui qui intéresse le plus la société civile. Il est le plus ancien, car c'est le premier contrat qui ait été fait entre les hommes. Aussi-tôt que Dieu eut formé Eve, d'une des côtes d'Adam, & qu'il la lui eut présentée, nos deux premiers parens firent ensemble un contrat de mariage; Adam prit Eve pour son épouse, en lui disant: *Hoc nunc os ex ossibus meis & caro de carne mea .... & erunt duo in carne unâ;* & Eve prit réciproquement Adam pour son époux.

2. Le terme de Contrat de Mariage est équivoque; il est pris dans ce Traité pour *le Mariage* même; ailleurs, il est pris dans un autre sens, pour *l'Acte* qui contient les conventions particulieres que font entr'elles les personnes qui contractent Mariage.

Nous verrons dans ce Traité du Contrat de Mariage, pris dans le premier sens, 1°. ce que c'est que le Contrat de Mariage; ses différentes especes chez les Romains, & par quelles Loix il se régit: 2°. quelles sont les choses qui précedent le contrat de mariage: 3°. quelles sont les personnes entre lesquelles il peut ou ne peut pas être valablement contracté: 4°. comment se contracte le mariage, & ce qui doit s'observer dans sa célébration; 5°. des effets du mariage, & de certains mariages, qui, quoique valablement contractés, sont néanmoins privés des effets civils; 6°. de la cassation des mariages, de la dissolution, soit quant au lien, soit quant à l'habitation; 7°. nous traiterons des seconds mariages.

Nous ferons suivre ce Traité par des Traités sur les Conventions les plus ordi-

naires qui accompagnent le contrat de mariage dans les Provinces régies par le Droit Coutumier , telles que ſont la Communauté & le Douaire; & ſur les Droits qui naiſſent du mariage , tels que ſont les Droits de puiſſance maritale & de puiſſance paternelle.

# PREMIERE PARTIE.

## *Ce que c'eſt que le Contrat de Mariage ; quelles étoient chez les Romains les différentes eſpeces de Mariage ; & par quelles Loix le Mariage eſt régi.*

## CHAPITRE PREMIER.

### *Ce que c'eſt que le Contrat de Mariage.*

3. ON peut définir le mariage un contrat revêtu des formes preſcrites par les Loix, par lequel un homme & une femme, habiles à faire enſemble ce contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie enſemble dans l'union qui doit être entre un époux & une épouſe.

Il ſuit de cette définition, qu'un mariage où on n'auroit pas obſervé quelqu'une des formalités que les Loix requierent pour ſa validité, ou qui auroit été contracté entre des perſonnes que les Loix rendent inhabiles, n'eſt pas un véritable mariage ; c'eſt ce que nous verrons en détail dans la ſuite de ce Traité.

4. L'union dans laquelle les parties, par le contrat de mariage, s'engagent mutuellement de vivre, eſt principalement l'union de leurs eſprits & de leurs volontés. Le commerce charnel n'eſt point de l'eſſence du mariage ; celui de ſaint Joſeph & de la ſainte Vierge ne laiſſoit pas d'être un véritable mariage, quoiqu'ils aient l'un l'autre conſervé toujours leur virginité.

C'eſt ce qu'enſeigne ſaint Auguſtin dans ſon Ouvrage, *de Nupt. & Concup. Lib. I. Cap. XI.* où il prouve, par l'exemple de ſaint Joſeph & de la ſainte Vierge, que lorſqu'un mari & une femme s'accordent à garder la continence, leur mariage n'en eſt pas moins un véritable mariage; & le lien conjugal qui les unit, bien-loin de rien perdre pour cela de ſa force, n'en eſt au contraire que plus fort : *Quibus placuerit ex conſenſu ab uſu carnalis concupiſcentiæ in perpetuum continere, abſit ut inter illos vinculum conjugale rumpatur : intò* FIRMIUS *erit, quò magis ea pacta ſecum inierint quæ cariùs concordiuſque ſervanda ſunt, non voluptariis nexibus corporum, ſed voluntariis affectibus animorum ; nequè enim fallaciter ab Angelo dictum eſt ad Joſeph*, noli timere accipere Mariam CONJUGEM tuam: *Conjux vocatur ex primâ fide deſponſationis quam concubitu nec cognoverat, nec fuerat cogniturus, nec perierat, nec mendax manſerat* CONJUGIS *appellatio, ubi nec fuerat nec futuræ erat carnis ulla commixtio*, &c.

Ce principe eſt reconnu même par les Juriſconſultes Payens. Ulpien, en la Loi 30 ff. *de Reg. Jur.* dit : *Nuptias conſenſus non concubitus facit.*

5. Quoique le commerce charnel ne ſoit pas de l'eſſence du mariage, & que l'homme & la femme puiſſent d'un commun conſentement s'en abſtenir ; néanmoins le mariage donne à chacune des parties un droit ſur le corps de l'autre, qui oblige chacune d'elles réciproquement à accorder à l'autre ce commerce charnel, lorſqu'elle le lui demande.

La raiſon de cette obligation eſt tirée des fins du mariage. La principale eſt la procréation des enfans, à laquelle il eſt évident qu'on ne peut parvenir ſans ce commerce : une autre fin du mariage, qui eſt d'y trouver un remede contre la trop grande difficulté que pourroient avoir les parties de garder la continence, renferme auſſi cette obligation.

# CHAPITRE II.

## *Des différentes eſpeces de Mariage.*

### §. I.

### *Des différentes eſpeces de Mariage que pouvoient contracter les citoyens Romains.*

6. LEs Citoyens Romains pouvoient contracter deux différentes eſpeces de mariage : on appelloit l'un *Juſtæ Nuptiæ*, & l'autre *Concubinatus*. Celui qu'on appelloit *Juſtæ Nuptiæ*, étoit le mariage légitime qu'un homme contractoit ſelon les Loix avec une femme, pour l'avoir à titre de légitime épouſe, *juſta uxor* : ce mariage donnoit aux enfans les droits de famille ; & au pere, le droit de puiſſance paternelle ſur eux.

7. L'autre eſpece de mariage qu'on appelloit *Concubinatus*, étoit auſſi un véritable mariage : il étoit expreſſément permis par les Loix ; *Concubinatus per leges nomen aſſumpſit ;* L. 3, §. ff. *de concubin.* l'un & l'autre étoit *maris & fœminæ conjunctio individuam vitæ conſuetudinem continens.* Par ce mariage, de même que par le mariage légitime, l'homme & la femme contractoient enſemble une union qu'ils avoient intention de conſerver toujours juſqu'à la mort de l'un des deux. Ce qui différencioit le *Concubinatus*, du mariage légitime appellé *Juſtæ Nuptiæ*, c'eſt que, par ce mariage, l'homme ne prenoit pas la femme avec qui il ſe marioit pour l'avoir à titre de légitime épouſe, *juſta uxor ;* mais il la prenoit pour l'avoir ſeulement à titre de femme & de concubine. Les enfans qui naiſſoient de ce mariage, n'avoient pas les droits de famille, & le pere n'avoit pas ſur eux le droit de puiſſance paternelle : ils n'étoient pas *juſti liberi.* Ils n'étoient pas néanmoins bâtards ; on les appelloit *Liberi naturales*, & non pas *Nothi*, *Spurii*, qui étoient les noms de ceux qui étoient nés *ex ſcorto*, & d'unions défendues.

8. Ce *Concubinatus* avoit été établi afin qu'un homme qui avoit une inclination pour une femme de baſſe condition, & notée, que les Loix & la bienſéance

ne lui eussent pas permis d'épouser pour l'avoir à titre de légitime épouse, pût satisfaire son inclination en se mariant avec elle pour l'avoir seulement pour concubine. Ainsi un Sénateur pouvoit prendre pour concubine une femme affranchie de l'esclavage, que les Loix ne lui permettoient pas d'avoir pour légitime épouse.

Mais le mariage *Concubinatus* n'étoit pas plus permis que le mariage légitime avec une femme avec qui les Romains pensoient que le Droit naturel ne permettoit pas de s'unir; par exemple, si quelqu'un s'étoit marié à sa niece, quoiqu'il ne l'eût pas prise à titre d'épouse légitime, mais seulement comme concubine, l'union étoit regardée comme incestueuse: *etiam si concubinam quis habuerit sororis filiam licet libertinam, incestum committitur;* L. 56, ff. *de ritu nupt.*

Par la même raison, on ne pouvoit pas avoir pour concubine la femme d'un autre homme; & un homme, pendant qu'il étoit marié, ne pouvoit pas avoir une concubine.

Mais lorsqu'un homme qui n'étoit pas marié, prenoit pour concubine une femme avec qui le Droit naturel ne lui défendoit pas de s'unir, cette union qu'il contractoit avec elle, étoit une union qui étoit permise, non-seulement par la Loi civile, comme nous l'avons vu, mais qui l'étoit pareillement par l'Eglise; & qui, par conséquent, lorsqu'elle étoit contractée entre des fideles, étoit élevée à la dignité de Sacrement, comme l'est un mariage légitime.

C'est ce que nous apprenons du 17^e^. canon du premier Concile de Tolede, tenu l'an 400, où il est dit, cap. 17, *Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet; cæterùm qui non habet uxorem, & pro uxore concubinam habet, à communione non repellatur, tantùm ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ut ei placuerit, sit conjunctione contentus.*

9. Il reste à sçavoir quand le mariage qu'un homme avoit contracté avec une femme, devoit être censé un mariage légitime, *justæ nuptiæ*, ou quand il ne devoit passer que pour un *Concubinatus*? Cela ne dépendoit pas toujours de l'observation ou de l'inobservation des cérémonies usitées dans la célébration des mariages, ni de la confection ou du défaut de confection d'un acte de conventions matrimoniales; car un mariage pouvoit être un mariage *justæ nuptiæ*, quoiqu'il eût été fait sans cet acte & sans ces cérémonies; L. 22, *cod. de nupt.*

Ce n'étoit que par la différente intention qu'avoit eue l'homme, en se mariant, de prendre sa femme à titre d'épouse légitime, ou de la prendre seulement pour concubine, que le mariage étoit, ou mariage légitime, ou seulement *Concubinatus: Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet;* L. 4, ff. de concub. *concubina ab uxore solo delectu separatur;* Paul. *Sent. Lib.* 2, *T.* 20, §. 2.

Cette intention de prendre une femme pour l'avoir seulement pour concubine, ne se présumoit qu'à l'égard des femmes d'un état vil & notées.

C'est pourquoi Modestin dit, *in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum* (1) *fecerit*; L. 24, ff. *de rit. nupt.*

10. La distinction de cette double espece de mariage, *justæ nuptiæ & concubinatus*, n'avoit lieu qu'à l'égard des Citoyens Romains; les peuples des provin-

(1) Il n'étoit pas permis aux Ingénus de contracter un mariage légitime avec des femmes qui avoient fait cette profession. *Ulp. in fragm. tit.* 13, §. 20.

ces soumises à la République Romaine, qui n'avoient pas les droits de Citoyen Romain, n'étoient pas capables du mariage qu'on appelloit *justæ nuptiæ*, lequel étoit propre aux seuls citoyens Romains : ils n'étoient capables que d'une seule espece de mariage qu'on appelloit simplement *matrimonium*, lequel ne donnoit pas au pere sur les enfans qui en naissoient, un droit de puissance paternelle, tel que l'avoient les citoyens Romains ; mais seulement tel que le donne au pere le droit naturel.

Par la suite, Antonin Caracalla accorda le nom & les droits de citoyen Romain, à tous les sujets de l'Empire ; L. 17, ff. *de stat. hom.*

## §. II.

### *Cette double espece de Mariage est-elle encore en usage.*

Cette double espece de mariage est encore en usage en Allemagne.

L'espece de mariage que les Romains appelloient *concubinatus*, y est encore pratiquée ; c'est celle qu'on appelle mariage *ad morganiticam*, ou *mariage de la main gauche.*

Par cette espece de mariage, un homme de qualité se marie à une femme de basse condition, qu'il prend pour être sa femme d'un ordre subalterne : cette femme ne participe pas au rang & aux titres de son mari, & les enfans qui naissent de ce mariage, ne succedent ni aux titres, ni à l'hérédité de leur pere ; mais ils doivent se contenter, ainsi que leur mere, d'une certaine quantité de biens qui leur a été assignée par le contrat ; Voyez *le Code Frédéric, p. 1, liv. 2, tit. 9, art. 3.*

Cette espece de mariage n'a pas lieu en France. Nos Loix ne permettent pas de se marier à une femme autrement que pour l'avoir à titre de légitime épouse, & le concubinage avec une femme qu'on n'a pas épousée en légitime mariage, est parmi nous une union défendue & criminelle. Au reste, nous avons quelques mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils, dont nous traiterons *infrà.*

## §. III.

### *Du Mariage des Esclaves.*

Les esclaves n'ayant aucun état civil, *servi pro nullis habentur* ; L. 32, ff. *de reg. Jur.* quoique leur mariage fût valable par le Droit naturel, pourvu qu'il eût été fait du consentement de leurs maîtres, & qu'ils n'eussent aucun empêchement, c'étoit un mariage destitué de tous les effets civils, & qui n'en avoit d'autres que ceux qui naissent du Droit naturel : on appelloit ce mariage *contubernium.*

On doit dire la même chose du mariage que les Negres dans nos Colonies peuvent contracter avec le consentement de leurs maîtres.

On appelloit *contubernium*, non-seulement celui qu'un homme & une femme esclaves contractoient ensemble ; celui qu'un homme libre contractoit avec une femme esclave, *aut vice versâ*, étoit pareillement appellé *contubernium* ; c'est pourquoi Paul, *Sent.* 11, 19, 3, dit : *Inter servos & liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest :* il n'étoit pas moins destitué des effets civils que celui qui étoit contracté par deux esclaves.

# CHAPITRE III.

## *Par quelles Loix ſe régit le Contrat de Mariage.*

### ARTICLE PREMIER.

### *De l'autorité de la puiſſance ſéculiere ſur le Mariage.*

11. LE mariage que contractent les fideles, étant un contrat que J. C. a élevé à la dignité de Sacrement, pour être le type & l'image de ſon union avec ſon Egliſe, il eſt tout-à-la-fois & contrat civil, & Sacrement.

Le mariage étant un contrat, appartient de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, & il eſt en conſéquence, comme tous les autres contrats, ſujet aux Loix de la puiſſance ſéculiere que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement & au bon ordre de la ſociété civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui intéreſſe le plus le bon ordre de cette ſociété, il en eſt d'autant plus ſujet aux Loix de la puiſſance ſéculiere que Dieu a établie pour le gouvernement de cette ſociété.

Les Princes ſéculiers ont donc le droit de faire des Loix pour le mariage de leurs ſujets, ſoit pour l'interdire à certaines perſonnes, ſoit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire obſerver pour le contracter valablement.

12. Les mariages que les perſonnes ſujettes à ces Loix, contractent contre leur diſpoſition, lorſqu'elles portent la peine de nullité, ſont entiérement nuls, ſuivant la regle commune à tous les contrats, que tout contrat eſt nul, lorſqu'il eſt fait contre la diſpoſition des Loix : *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*

Il n'y a pas non plus en ce cas de Sacrement de mariage; car il ne peut y avoir de Sacrement ſans la choſe qui en eſt la matiere. Le contrat civil étant la matiere du Sacrement de mariage, il ne peut y avoir un Sacrement de mariage lorſque le contrat civil eſt nul; de même qu'il ne peut y avoir un Sacrement de Baptême ſans l'eau qui en eſt la matiere.

13. La puiſſance ſéculiere a toujours joui de ce droit. C'eſt par la Loi civile que, chez les Romains, le mariage des enfans de famille étoit nul, lorſqu'il étoit contracté ſans le conſentement de celui ſous la puiſſance duquel ils étoient. C'eſt l'Empereur Théodoſe qui a défendu, à peine de nullité, le mariage entre couſins-germains, qui étoit permis auparavant cette Loi : c'eſt Juſtinien qui a fait de l'alliance ſpirituelle, un empêchement dirimant de mariage; celui de la diſparité du culte a été établi par les Empereurs Valentinien, Valens, Théodoſe & Arcade, qui ont prohibé les mariages des Chrétiens avec les Juifs.

L'Egliſe n'a jamais regardé ces Loix des Empereurs ſur les mariages, comme des entrepriſes de la puiſſance ſéculiere ſur la puiſſance eccléſiaſtique : bien-loin de cela, nous avons pluſieurs canons des Conciles qui en recommandent l'obſervation, & qui prononcent des cenſures contre ceux qui ne les obſervent pas.

14. Cette doctrine s'eſt toujours enſeignée dans les Ecoles de Théologie & de Droit : le Docteur Launoi, dans ſon grand Traité *regia in matrimonium poteſtas*, rapporte une foule d'autorités de Théologiens de tous les pays & de toutes les écoles qui l'enſeignent.

Je renvoie au livre ceux qui ſeront curieux de les voir. Je me contente de rapporter ce qu'en dit Ambroiſe Catharin dans ſon Traité *de clandeſtinis matrimoniis*, imprimé à Rome avec privilege en 1552 : *Quidquid non eſt contrà legem Dei ac legem naturæ, credo principes poſſe circà matrimonium, tanquam circà ſuam & non alienam materiam ſuis legibus providere, & ità latam ab eis legem valuiſſe puto, quâ irritabantur matrimonia non conſultis parentibus contracta.*

Le Jéſuite Sanchez, en ſon *Traité de matrimonio, lib. 7, diſput. 3, n. 2*, reconnoît auſſi ce droit des Princes ſéculiers : *Abſque dubio dicendum eſt* (dit-il) *poſſe Principem ſecularem, ex genere & naturâ ſuæ poteſtatis, matrimonii impedimenta dirimentia fidelibus ſibi ſubditis ex juſtâ cauſâ indicere..... nec obſtat* (ajoute Sanchez) *Principis ſecularis poteſtati, matrimonium eſſe Sacramentum, quia ejus materia contractûs civilis : quâ ratione perindè poteſt ex juſtâ cauſâ illud irritare, ac ſi Sacramentum non eſſet, reddendo perſonas inhabiles ad contrahendum, & ſic invalidum contractum.*

C'eſt la doctrine qu'enſeignoit en Sorbonne, dans le ſiecle dernier, M. Hennequin, célebre Profeſſeur de Sorbonne, ſuivant qu'il paroît par un extrait des cahiers de ce Profeſſeur, rapporté dans le Traité des Empêchemens de mariage de M. Boileau, où ce Profeſſeur s'exprime ainſi : *Chriſtus matrimonium inſtituendo Sacramentum, nihil in illo ut contractu civili immutavit, ſed tantùm illi, ut prærequiſito fundamento neceſſario impoſuit, trunco inſeruit, principali annexuit, materiali affixit naturam, & dignitatem Sacramenti, ita ut matrimonium contractum civilem reliquerit hujuſmodi poſt, cujuſmodi erat antè ſuam inſtitutionem & elevationem in Sacramentum : ut antè elevationem ſubjiciebatur, ita & poſt ſuâ elevationem, ſaltem priùſquàm habeat ſibi impoſitam naturam & dignitatem Sacramenti, ſeu reverà ſit inter baptiſatos initum tanquam Sacramentum, ſubjicitur poteſtati publicæ ſeculari prohibendum ac dirimendum, ſeu impediendum ne validè & licitè ineatur ; tùm quia propter omnimodùm humanæ ſuperioritatis, juriſdictionis, inferioritatis, ſubjectionis Eccleſiaſticæ, ſpiritalis, & ſecularis corporalis diverſitatem ac diſtinctionem.* Matthæi 22, 21, Roman. XIII. v. 1, ad 8, L. Petri, v. 13, ad 18, & alibi. *Sæpiùs in ſcripturis inculeatam poſſunt Principes Laici, independenter ab auctoritate & approbatione Principum Eccleſiaſticorum, pro varietate locorum, temporum, perſonarum in ſuo reipublicæ ſecularis regimine ſeculari connaturaliter & relativè ad ſuum finem & ſcopum ferre leges civiles, id eſt ad pacem ac tranquillitatem & bonum reipublicæ pertinentes, quibus ut alios contractus civiles, ita matrimonium contractum civilem ſuorum ſubditorum inbaptiſatorum & baptiſatorum, quatenùs totius corporis & ſtatûs civilis membrorum prohibeant & dirimant ; alioquin carerent poteſtate ſufficiente, quâ bono ſuæ reipublicæ, & ſuorum ſubditorum communi & conſentaneo proſpicerent & conſulerent*

*Nec obſtat quod baptiſatorum matrimonium ſit Sacramentum, cùm etiàm ſit eſſentialiter contractus civilis, quâ parte eſt directè & immediatè fori ac tribunalis policiti, ut juſtâ ex cauſâ vetetur & irritetur ac ſi non eſſet Sacramentum, reddendo perſonas inhabiles ad contrahendum, ideòque illegitimum & invalidum contractum, cùm tamen ma-*

*trimonium Sacramentum præsupponat, & prærequirat matrimonium contractum civilem legitimum ac validum tanquàm suum fundamentum truncum, principale, materiale intrinsecum : & certè cùm ex omnium consensu Principes politici matrimonium baptisatorum Sacramentum, quatenùs contractum civilem possunt impedire ne contrahatur licitè adhibendo impedimenta prohibentia, etiàm poterunt impedire ne contrahatur validè, sub pœnâ nullitatis adhibendo impedimenta dirimentia.*

15. Quelqu'évidens que soient ces principes sur lesquels est fondé le droit qu'a la puissance séculiere d'établir par des Loix des empêchemens dirimans des mariages, sans qu'elle ait besoin pour cela du concours, ni de l'approbation de l'autorité Ecclésiastique, néanmoins Bellarmin, Basile Pons, & quelques autres Auteurs qui voudroient concentrer dans le Pape toute puissance, la spirituelle & la temporelle, ont attaqué dans leurs écrits, le droit de la puissance séculiere sur les mariages.

Leurs argumens sont des plus frivoles. Ils disent: le mariage est un Sacrement, & par conséquent quelque chose de spirituel ; or la puissance séculiere ne s'étend pas aux choses spirituelles: elle ne doit donc pas s'étendre aux mariages ; c'est donc une entreprise de la puissance séculiere sur la puissance spirituelle, lorsque les Princes font des Loix sur les mariages.

La réponse à cet argument est facile. Il y a deux choses dans le mariage, le contrat civil entre l'homme & la femme qui le contractent, & le Sacrement qui est ajouté au contrat civil, & à qui le contrat civil sert de sujet & de matiere.

Je conviens que le mariage, en tant qu'il est Sacrement, est quelque chose de spirituel, & n'est point du ressort de la puissance séculiere ; c'est pourquoi les Princes ne peuvent pas faire des Loix sur le mariage, en tant qu'il est Sacrement. Ce seroit, par exemple, de la part des Princes, entreprendre sur les droits de la puissance spirituelle, s'ils vouloient décider par leurs Loix, quel est le ministre du Sacrement de mariage ; quelles sont les dispositions qu'on doit apporter pour recevoir la grace attachée à ce Sacrement, & en général, s'ils vouloient régler ou décider par leurs Loix quelque chose qui concernât le mariage comme Sacrement.

Mais si le mariage est Sacrement, & sous ce respect du ressort de la puissance Ecclésiastique, il est aussi contrat civil ; & comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique, & il est en conséquence sujet aux Loix de la puissance séculiere. La qualité de Sacrement qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat aux droits qu'a la puissance séculiere de régler les contrats, & tout ce qui est de l'ordre politique ; car J. C. en instituant les Sacremens, & en publiant son Evangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puissance séculiere qu'il a déclarée être établie de Dieu, & à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre.

D'ailleurs, la Loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au Sacrement de mariage, puisque ce contrat de mariage qu'elle rend nul, n'est pas Sacrement : elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il puisse être la matiere du Sacrement de mariage. J. C. en élevant le contrat de mariage entre les fideles à la dignité de Sacrement, n'a entendu élever à cette dignité que les mariages légitimes : il n'y a qu'une union innocente

innocente & légitime, telle que celle qui eſt formée par un mariage légitime, qui ſoit propre à être le type & l'image de l'union de J. C. avec ſon Egliſe. Un mariage que la Loi civile défend, & qu'elle déclare nul, ne peut paſſer que pour un commerce illégitime & criminel; & on ne peut prétendre ſans une eſpece d'impiété, que J. C. ait voulu élever à la dignité de Sacrement un tel commerce, & en faire le type & l'image de ſon union avec l'Egliſe.

16. Les Théologiens que nous combattons, diſent pour établir leur ſyſtême, » qu'il y a deux ſortes de contrats de mariage; l'un du droit des gens, qui eſt » commun à tous les peuples; l'autre du droit civil, lequel eſt propre & parti- » culier à chaque nation. » J. C. (ajoutent-ils) ayant voulu communiquer ſes Sacremens, non à un Etat particulier, mais à toutes les nations & à tous les Royaumes, a choiſi pour élever à la dignité de Sacrement, le contrat de mariage du droit des gens, qui eſt commun à toutes les nations, & non le contrat civil de quelque Etat particulier: d'où ces Théologiens concluent qu'il ſuffit qu'un contrat de mariage ne contienne rien de contraire à ce que le droit naturel & des gens exige dans les mariages, quoiqu'on y ait contrevenu à ce qui eſt requis par la Loi civile, pour qu'il ſoit un vrai mariage, & pour qu'il ſoit élevé à la dignité de Sacrement: que la contravention à la loi civile peut bien priver ce mariage des effets civils, mais qu'elle ne peut en empêcher le lien.

Je réponds que ces Théologiens ne s'expriment pas exactement lorſqu'ils diſent qu'il y a deux ſortes de mariages; l'un du droit des gens, l'autre du droit civil. On doit plutôt dire qu'il y a des choſes qui ſont requiſes pour la validité des mariages par le droit naturel & des gens, & d'autres qui ſont requiſes par le droit civil de chaque nation: que celles qui ſont requiſes par le droit naturel & des gens, ſont requiſes par-tout, dans tous les lieux, & entre toutes ſortes de perſonnes; au lieu que ce qui eſt requis par quelque loi civile, n'eſt requis qu'entre les perſonnes qui, étant ſujets de l'Etat où cette loi a été portée, ſont ſoumiſes à ſon empire.

Mais c'eſt à tort que ces Théologiens donnent le nom de mariage du droit naturel à un mariage qui ne contiendroit à la vérité rien de contraire à ce que requiert le droit naturel, mais dans lequel on auroit contrevenu à quelque loi civile, lorſque les parties qui l'ont contracté ſont ſoumiſes à l'empire de cette loi. Car Dieu, qui eſt l'Auteur du droit naturel, ayant ordonné aux citoyens de chaque Etat, l'obéiſſance aux loix civiles de l'Etat dont ils ſont ſujets, les parties qui contractent un mariage contre la diſpoſition de quelque Loi civile de l'état dont ils ſont ſujets, contreviennent à cette loi civile, mais ils contreviennent auſſi au droit naturel qui leur ordonnoit l'obéiſſance à cette loi: c'eſt pourquoi ce mariage, que nos Théologiens conviennent n'être pas un mariage civil, parce qu'il eſt contraire à la loi civile, n'eſt pas non plus un mariage du droit naturel; parce qu'il eſt pareillement contraire à ce que le droit naturel exigeoit d'elles, & ne peut par conſéquent ſervir de matiere au Sacrement.

17. Nos adverſaires, pour prouver que les mariages contractés contre la diſpoſition de la loi civile ne laiſſent pas d'être valables quant au lien, & ſont ſeulement privés des effets civils, alleguent un texte des Sentences du Juriſconſulte Paul, *lib.* 2, *tit.* 19, 2, où il eſt dit: *Eorum qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur; ſed contracta non ſolvuntur: contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.*

Je réponds que ces termes, *ſed contracta non ſolvuntur*, ne doivent pas s'entendre dans le ſens qu'ils paroiſſent d'abord préſenter. Pour connoître le véritable ſens de ces termes, *ſed contracta non ſolvuntur*, il faut rapprocher ce texte d'un autre texte des Sentences de Paul, *lib.* 5, *tit.* 6, §. 10, où il eſt dit; *benè concordans matrimonium ſeparari à patre D. Pius prohibuit.*

Avant cette Conſtitution d'Antonin, la puiſſance paternelle ne ſe bornoit pas à empêcher que les enfans de famille ne puſſent contracter mariage ſans le conſentement de leur pere; mais même après que le mariage avoit été valablement contracté avec le conſentement du pere, la puiſſance paternelle donnoit encore le droit au pere de diſſoudre le mariage de ſa fille par le divorce, lorſqu'il le jugeoit à propos, même malgré ſa fille, lorſque ſa fille mariée étoit demeurée en ſa puiſſance. C'eſt ce que nous apprenons d'un fragment d'Ennius, où ce Poëte fait ainſi parler une fille.:

*Si improbum eſſe Cteſiphontem exiſtimaveras,*
*Cur me huic locabas nuptiis? ſin eſt probus,*
*Cur talem invitum, invitam cogis linquere?*

L'Empereur Antonin ayant trouvé que ce droit qu'avoient les peres de diſſoudre le mariage des enfans qu'ils avoient ſous leur puiſſance, lorſqu'il étoit bien concordant, étoit contraire au bien public & au bon ordre de la ſociété, abolit ce droit par ſa Conſtitution.

Il eſt facile à préſent d'appercevoir le ſens de ces termes, *ſed contracta non ſolvuntur*: après que Paul a dit que les enfans de famille ne peuvent valablement contracter mariage ſans le conſentement de leur pere, en la puiſſance de qui ils ſont; *Eorum qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur*, il ajoute, *ſed contracta non diſſolvuntur*; c'eſt-à-dire, mais lorſque les mariages ont été une fois valablement contractés, le conſentement du pere y étant intervenu, le pere n'a plus le droit de les diſſoudre, comme il l'avoit autrefois. Enſuite Paul nous apprend la raiſon qui a porté l'Empereur à abolir ce droit que donnoit autrefois aux peres la puiſſance paternelle: c'eſt, dit-il, que l'intérêt public & le bon ordre de la ſociété, qui ne permettent pas de diſſoudre des mariages bien concordans, doit prévaloir à cet égard aux droits de la puiſſance paternelle, qui ne contiennent qu'un intérêt de particuliers: *Contemplatio enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præfertur.*

18. Entre les Théologiens qui ont voulu dépouiller la puiſſance ſéculiere du droit qu'elle a, & dont elle a toujours uſé, de faire des loix ſur les mariages, dont l'inobſervation emporte la nullité du mariage, il y en a qui, ne pouvant rien répondre aux exemples tirés des Loix Romaines ſur le droit de la puiſſance ſéculiere, conviennent que les Princes ſéculiers ont eu effectivement autrefois le droit de faire des loix ſur les mariages, & d'établir par ces loix des empêchemens dirimans; mais ils diſent que l'Egliſe, pour de bonnes raiſons, s'eſt réſervé à elle ſeule ce droit, & que les Princes s'en ſont volontairement déſiſtés. Rien n'eſt plus abſurde que le ſentiment de ces Théologiens: car le pouvoir qu'ils conviennent que les Princes ſéculiers ont eu de faire des loix pour la validité ou l'invalidité des mariages, eſt ou ſpirituel, ou temporel. S'il eſt ſpirituel, les Princes n'auroient jamais pu l'avoir; & lorſqu'ils en ont fait uſage, les Evêques n'auroient

pas manqué de réclamer. S. Ambroiſe n'auroit pas conſeillé à Théodoſe de faire une loi pour défendre le mariage des couſins-germains ; mais il auroit plutôt aſſemblé un Concile de ſa province pour les défendre. Si au contraire, ce pouvoir dépend de la puiſſance temporelle, l'Egliſe, dont la puiſſance eſt toute ſpirituelle, n'a pu ſe l'attribuer ; & les Princes n'ont pu y renoncer, les droits attachés à la puiſſance ſouveraine qu'ils ont reçue de Dieu, étant des droits inaliénables.

Par tout ce qui vient d'être dit, il ne peut reſter aucun doute que la puiſſance ſéculiere a le droit de faire des loix ſur les mariages dont l'inobſervation les rende abſolument & entiérement nuls, non-ſeulement quant aux effets civils, mais même quant au lien, & les empêche en conſéquence de pouvoir ſervir de matiere au Sacrement de mariage.

## ARTICLE II.

### *De l'autorité de l'Egliſe ſur les mariages.*

19. En aſſurant à la puiſſance ſéculiere les droits qui lui appartiennent, nous reconnoiſſons auſſi ceux qui appartiennent à la puiſſance Eccléſiaſtique. Le mariage étant contrat civil & Sacrement ; s'il eſt, en tant que contrat civil, ſoumis aux loix ſéculieres, il eſt, en tant que Sacrement, ſoumis aux regles de l'Egliſe. C'eſt pourquoi nous n'avons garde de nous élever contre le décret du Concile de Trente, qui frappe d'anathême ceux qui conteſtent à l'Egliſe le pouvoir d'établir des empêchemens dirimans de mariage : *Si quis dixerit Eccleſiam non potuiſſe conſtituere impedimenta matrimonii dirimentia, vel in iis conſtituendis erraſſe, anathema ſit.* Seſſ. 24, *Cant.* 4.

20. Nous avons néanmoins à cet égard deux obſervations à faire : la premiere, eſt que le mariage n'étant ſoumis à la puiſſance Eccléſiaſtique qu'en tant qu'il eſt Sacrement, & n'étant aucunement ſoumis à cette puiſſance en tant que contrat civil, les empêchemens que l'Egliſe établit ſeuls & par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le Sacrement, & ne peuvent ſeuls & par eux-mêmes, donner atteinte au contrat civil. Mais lorſque le Prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le Sacerdoce & l'Empire, a adopté & fait recevoir dans ſes Etats les canons qui établiſſent ces empêchemens, l'approbation que le Prince y donne, rend les empêchemens établis par ces canons, empêchemens dirimans de mariage, même comme contrat civil.

21. La ſeconde obſervation eſt, que, quoique l'Egliſe ait le pouvoir d'établir des empêchemens dirimans de mariage, & que pluſieurs de ceux qui ſont aujourd'hui en uſage, tels que ceux de la Profeſſion Religieuſe & des Ordres ſacrés, aient été établis par l'Egliſe dans des Conciles, néanmoins pendant bien des ſiecles, l'Egliſe n'a pas uſé de ce pouvoir ; elle ne connoiſſoit d'autres empêchemens dirimans de mariage que ceux que la Loi naturelle, le Lévitique, & les Loix civiles avoient établis. Le Pape Labbe dans le dixieme tome de ſa Collection, a placé après les Canons du troiſieme Concile général de Latran, un ancien recueil de Lettres de Papes, diviſé par titres, auquel l'Auteur de ce recueil avoit donné le titre d'*Appendix ad Concilium Lateranenſe tertium.* Nous trou-

vons dans ce recueil au titre *de Sponſalibus, cap.* 27, une Lettre d'un Pape Benoît à Gaudence Patriarche, qui l'avoit conſulté ſur la queſtion de ſçavoir, ſi une fille pouvoit épouſer un jeune homme qui avoit été fiancé ſeulement, & non marié à la défunte ſœur de cette fille. Le Pape répond ainſi à cette queſtion : pourquoi, dit-il condamnerois-je un mariage qui n'eſt condamné ni par les ſaintes Ecritures, ni par les loix de la puiſſance ſéculiere? *Cur prohibeam quod prohibitum nunquam ſacra Scriptura declaravit, ſed nequè mandatæ leges connumeratis perſonis quibus inter ſe nuptias contrahere non licet, de hujuſmodi aliquid dicunt negotio ?*

Tous les empêchemens dirimans de mariage qui ont été établis dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, l'ont été par les loix des Empereurs, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 13 : nous n'en trouvons aucun qui ait été dans ces ſiecles établi par l'Egliſe. Si dès le ſixieme & le ſeptieme ſiecles, les Papes & les Conciles ont défendu les mariages, pour cauſe de parenté & d'affinité dans des degrés plus éloignés que ceux dans leſquels ils étoient défendus par les loix civiles, c'eſt parce qu'on croyoit dans ces temps, (comme nous le verrons en ſon lieu), que ces mariages étoient expreſſément condamnés par la loi du Lévitique. Les Papes & les Conciles n'entendoient pas, en défendant ces mariages, établir de nouveaux empêchemens dirimans.

22. Même à l'égard des mariages qui ne pouvoient ſe contracter ſans crime, l'Egliſe ſe contentoit de les défendre, ſous peine des cenſures Eccléſiaſtiques ; mais elle ne les déclaroit pas nuls.

Par exemple, quoique l'Egliſe ait toujours regardé comme un très-grand péché la violation que faiſoient de leur vœu, en ſe mariant, les Vierges qui avoient été ſolemnellement conſacrées à Dieu; néanmoins pendant pluſieurs ſiecles, elle n'a pas regardé comme un empêchement dirimant de mariage la Profeſſion Religieuſe, qui l'eſt devenue depuis; Voyez ce que nous en rapportons *infrà*, *en la troiſieme Partie*.

# SECONDE PARTIE.

## *Des choſes qui ont coutume de précéder le Mariage.*

LES choſes qui ont coutume de précéder le mariage, ſont les Fiançailles & les bans de mariage.

# CHAPITRE PREMIER.

## *Des Fiançailles.*

23. LE mariage a coutume d'être précédé de Fiançailles : il n'eſt pas néanmoins de néceſſité qu'il en ſoit précédé.

Les Canoniſtes diſtinguent deux eſpeces de fiançailles ; celles qui ſe font par paroles de préſent, & celles qui ſe font par paroles de futur.

Les fiançailles par paroles de préſent, ſont la convention par laquelle un homme & une femme déclarent l'un & l'autre qu'ils ſe prennent dès-à-préſent pour époux.

Avant le Concile de Trente, ces fiançailles par paroles de préſent, qui ſe faiſoient dans le ſecret, ſans qu'il intervînt de célébration de mariage en face d'Egliſe, étoient de vrais mariages. Elles ont été proſcrites par le Concile de Trente & par l'Ordonnance de Blois, & elles ne peuvent plus avoir aucun effet. L'Ordonnance de Blois, *art.* 44, défend aux Notaires d'en recevoir, à peine de punition corporelle. Mornac, ſur la Loi 3, ff. *de rit. nupt.* rapporte des Arrêts qui font pareillement défenſes aux Curés & Vicaires d'en recevoir.

24. A l'égard des fiançailles par paroles de futur, qui ſont les ſeules que nous reconnoiſſons, nous en trouvons la définition dans la Loi 1, ff. *de Sponſal. Sponſalia ſunt mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum.*

C'eſt-à-dire, une convention par laquelle un homme & une femme ſe promettent réciproquement qu'ils contracteront mariage enſemble.

Nous traiterons, 1°. de l'antiquité & des raiſons de l'uſage des fiançailles ; 2°. des perſonnes qui peuvent les contracter ; 3°. comment elles ſe contractent ; 4°. des choſes qui ont coutume de les accompagner ; 5°. des effets des fiançailles ; 6°. des Juges qui ſont compétens pour connoître des fiançailles, & des peines des parties qui refuſent de les accomplir ; 7°. enfin, des clauſes qui peuvent décharger les fiancés de leur engagement.

## Article premier.

### *De l'antiquité de l'uſage des Fiançailles ; & des raiſons de cet uſage.*

25. L'uſage des fiançailles eſt très-ancien parmi les hommes ; il étoit obſervé chez les peuples du Latium, ſuivant le témoignage de Servius-Sulpicius, rapporté par Aulu-Gelle, *Noct. Attic. lib.* 4, *cap.* 4.

Cet uſage a paſſé de-là chez les Romains : *Moris fuit veteribus ſtipulari & ſpondere ſibi uxores futuras ;* L. 2, ff. *de Sponſ.*

Elles étoient auſſi en uſage chez les Grecs.

En remontant à une antiquité reculée, nous trouvons que Rachel fut fiancée à Jacob, long-temps avant qu'on la lui donnât en mariage.

26. Saint Auguſtin nous rapporte la principale raiſon de cet uſage des fiançailles : *Conſtitutum eſt*, dit-il, *ut jam pactæ ſponſæ non ſtatim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non ſuſpiraverit ſponſus dilatam ;* *Can.* Conſtitutum, *cauſ.* 27, *queſt.* 2.

Cet uſage de faire précéder de quelque temps les fiançailles avant que de contracter le mariage, remédie auſſi aux inconvéniens qui ſe trouvent dans des mariages trop précipités, qui ſe contractent avec des parties avant que de ſe connoître.

## Article II.

### *Quelles perſonnes peuvent contracter enſemble des fiançailles.*

27. Pour qu'un homme & une femme puiſſent contracter valablement enſemble des fiançailles, il faut qu'ils ſoient capables de contracter mariage enſemble, ou du moins qu'ils puiſſent décemment eſpérer de le devenir.

Suivant ce principe, un frere & une ſœur ne peuvent pas valablement contracter enſemble des fiançailles, parce qu'ils ne peuvent être jamais capables de contracter mariage enſemble.

Au contraire, un couſin & une couſine, quoique dans un degré prohibé, peuvent valablement contracter enſemble des fiançailles : car quoiqu'ils ne ſoient pas alors capables de contracter mariage enſemble, ils peuvent décemment eſpérer de le devenir, lorſqu'ils auront obtenu les diſpenſes néceſſaires.

28. Un homme marié ne peut pas contracter valablement des fiançailles avec une autre femme : car quoiqu'il puiſſe devenir capable de l'épouſer après la mort de ſa femme, il ne peut décemment eſpérer de devenir capable d'en épouſer une autre.

29. Des impuberes peuvent, avec l'autorité de leurs parens ou tuteurs, contracter valablement des fiançailles ; car quoiqu'ils ne ſoient pas encore capables de contracter mariage, ils peuvent décemment eſpérer de le devenir.

Il faut néanmoins, pour les fiançailles qui ſe forment comme tous les autres contrats, par le conſentement des parties, que ces impuberes ſoient en âge de comprendre ce qu'ils font ; c'eſt-à-dire, qu'ils aient au moins ſept ans : *A primordio ætatis, ſponſalia effici poſſunt, ſi modò id fieri ab utrâque perſonâ intelligatur, id eſt, ſi non ſunt minores quàm ſeptem annis ;* L. 14, ff. *de Sponſ.*

## ARTICLE III.

### *Comment ſe contractent les fiançailles.*

30. Les fiançailles ſont un contrat conſenſuel qui ſe forme par le ſeul conſentement : *Sufficit nudus conſenſus ad conſtituenda ſponſalia ;* L. 4, ff. *de Sponſ.*

La diſpoſition de l'Ordonnance de 1639, *art.* 7, qui porte que les fiançailles ſeront rédigées par écrit en préſence de quatre parens, concerne la maniere dont les fiançailles doivent ſe prouver, lorſque l'une des parties en diſconvient, & non la ſubſtance de l'engagement.

Ce conſentement qui forme les fiançailles, doit être un conſentement parfait, qui n'ait point été extorqué par violence ou par menaces, & qui n'ait pas été ſurpris.

La liberté y eſt tellement néceſſaire, que ſi l'une des parties paroiſſoit avoir eu un grand empire ſur l'eſprit de l'autre partie, l'engagement ne ſeroit pas valable. C'eſt ſur ce fondement que des promeſſes de mariage, faites entre un Médecin & ſa malade, pendant ſa maladie, quoiqu'avec le conſentement du pere de la fille, ont été jugées non-valables, par un Arrêt rapporté par Bouchel, en ſa Bibliotheque des Arrêts, & par Fevret.

Il n'eſt pas toujours néceſſaire que ce conſentement ſoit exprès : lorſqu'un pere fiance ſa fille à quelqu'un, la fille, qui eſt préſente, & qui ne contredit pas à ce que fait ſon pere, eſt cenſée conſentir tacitement aux fiançailles : *quæ patris voluntati non repugnat, conſentire intelligitur ;* L. 12, ff. *d. tit.*

Mais la convention par laquelle les parens du garçon & ceux de la fille conviennent de les marier enſemble, ſans que le conſentement du garçon & de la fille intervienne au moins tacitement, ne ſont pas de véritables fiançailles : cette convention n'oblige point le garçon & la fille qui n'ont point conſenti, & ne forme point l'empêchement d'honnêteté publique qui réſulte des fiançailles. *Cap. un. de ſponſ. impub. in* 6°.

31. De même qu'on ne peut contracter mariage qu'avec une perſonne certaine & déterminée, on ne peut auſſi contracter valablement des fiançailles qu'avec une perſonne certaine & déterminée ; *Cap.* 1, *de ſponſ. in* 6°. C'eſt pourquoi, ſi un jeune homme promettoit à trois ſœurs d'épouſer l'une d'elles, cette promeſſe ne produiroit aucun engagement.

32. Outre le conſentement des perſonnes qui contractent enſemble les fiançailles, il faut auſſi, pour la validité des fiançailles, celui des perſonnes dont le conſentement eſt requis pour leur mariage : *In ſponſalibus etiam conſenſus eorum exigendus eſt quorum in nuptiis deſideratur* ; L. 7, §. 1, ff. *d. tit.*

C'eſt pourquoi les enfans de famille & les mineurs ne peuvent contracter valablement des fiançailles, & faire des promeſſes de mariage ſans le conſentement de leurs pere ou mere, tuteur ou curateur : les Princes & Princeſſes du Sang ne le peuvent ſans le conſentement du Roi.

33. Il eſt néceſſaire, pour la validité de l'engagement des fiançailles, que cet engagement ſoit réciproque : c'eſt ce qui réſulte de la définition des fiançailles, rapportée *ſuprà*, *n.* 24, *repromiſſio futurarum nuptiarum.* Ce terme *repromiſſio*, ſignifie une promeſſe réciproque. En conſéquence Fevret, en ſon Traité de l'Abus,

*L. 5, ch. 1, n. 3*, nous rapporte que M. l'Avocat Général Servin, dans la cauſe du ſieur Deſportes, fit voir que le billet dudit ſieur Deſportes conçu en ces termes : *je promets à Mademoiſelle Bourderet de l'épouſer*, étoit nul, & ne produiſoit aucune obligation, parce qu'il n'y avoit pas de promeſſe réciproque de ladite Demoiſelle qui avoit ſeulement *ex poſt facto* appoſé ſa ſignature au billet, en l'abſence dudit Deſportes.

Du principe qu'il eſt de l'eſſence du contrat de fiançailles, que l'engagement ſoit réciproque, on tire cette conſéquence, que lorſqu'un billet qui contient des promeſſes de mariage, eſt laiſſé entre les mains de l'une des parties, ſans que l'autre en ait de ſon côté un double, le traité eſt nul, parce qu'étant au pouvoir de la partie, entre les mains de qui eſt le billet, de ne pas exécuter le traité, en ſupprimant le billet, l'engagement n'eſt pas réciproque.

Mais ſi le billet étoit dépoſé entre les mains d'un tiers, il ſeroit valable.

34. Les fiançailles peuvent ſe contracter non-ſeulement purement & ſimplement : on peut auſſi y appoſer un terme, & même une condition, de même qu'aux autres contrats.

L'effet du terme, ſuivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, *n.* 230, conſiſte à empêcher chacune des parties de pourſuivre, avant qu'il ſoit expiré, l'autre partie, pour demander l'exécution des fiançailles ; mais il n'empêche pas que les fiançailles ne ſoient, dès l'inſtant du contrat, valablement contractées, & qu'elles ne produiſent dès-lors les engagemens qui en naiſſent, & les empêchemens qui en réſultent, dont nous parlerons *infrà*, *part.* 3, *chap.* 3, *art.* 5.

35. La condition qui ſeroit appoſée aux fiançailles, eſt bien différente d'un ſimple terme. Non-ſeulement elle empêche les parties de pouvoir, avant ſon accompliſſement, demander l'exécution des fiançailles ; mais encore elle les ſuſpend de maniere que les fiançailles ne produiſent les obligations & les autres effets qui en naiſſent, que dans le cas auquel la condition s'accompliroit, & qu'au contraire elles ſont regardées comme non-avenues, ſi la condition défaillit.

Tant que la condition eſt encore pendante, il n'y a pas d'obligation, mais ſeulement une eſpérance d'obligation : mais comme une obligation conditionnelle donne à celui envers qui elle eſt contractée, le droit de faire les actes conſervatoires du droit qu'il eſpere avoir, quoiqu'il ne l'ait pas encore, ſi l'une des parties qui ont contracté des fiançailles conditionnelles, pendant que la condition eſt pendante, faiſoit publier des bans avec une autre perſonne, celle envers qui elle a contracté ſes premieres fiançailles conditionnelles, ſeroit fondée à y former oppoſition.

36. Les conditions qu'on peut appoſer aux fiançailles, doivent être honnêtes & poſſibles. Si on avoit appoſé une condition impoſſible, ou la condition d'une choſe contraire aux Loix ou aux bonnes mœurs, les fiançailles ſeroient nulles ; tout contrat fait ſous de telles conditions étant nul, ſuivant les principes de droit que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, *n.* 204.

L'Auteur des Conférences de Paris prétend au contraire que les fiançailles contractées ſous une condition impoſſible, ne laiſſent pas d'être valables, & que la condition doit être regardée comme non écrite, de même que les diſpoſitions de derniere volonté. Il ſe fonde ſur une décrétale de Grégoire IX, qui eſt rapportée au chapitre dernier *ext. de cond. appoſ.* Mais cette décrétale étant dans

dans l'eſpece de conditions appoſées au mariage, même lorſqu'on le contractoit, on n'a pu en tirer argument pour de ſimples fiançailles de futur.

37. Les fiançailles peuvent être contractées non-ſeulement *ex certo die, vel ſub conditione*, avec un terme ou ſous une condition: elles peuvent auſſi, de même que les autres conventions, être contractées *ad certum tempus vel ad certam conditionem;* auquel cas, elles produiſent, auſſi-tôt qu'elles ſont contractées, une obligation réciproque, pour l'accompliſſement de laquelle, chacune des parties a action auſſi-tôt. Mais ſi l'échéance du terme ou de la condition arrive, avant que les fiançailles aient eu leur accompliſſement par le mariage des parties, & avant que ni l'une ni l'autre des parties ait été miſe en demeure de les accomplir, l'obligation des fiançailles ceſſe de plein droit; *Voyez notre Traité des Obligations, n.* 224.

38. On a fait la queſtion, ſi un mariage nul pouvoit valoir au moins comme fiançailles? Les Canoniſtes font à cet égard une diſtinction: lorſque le mariage eſt nul par le défaut d'obſervation des formes que la Loi preſcrit, comme lorſque des perſonnes ſe ſont mariées ailleurs qu'en face d'Egliſe, un tel mariage ne vaut pas même comme fiançailles, parce que la Loi ne donne aucun effet aux actes faits au mépris de la Loi, ſans obſerver les formes qu'elle preſcrit. C'eſt le cas de la maxime, *Quod nullum eſt, nullum producit effectum.* Mais lorſqu'on a obſervé les formes, & que le mariage qui a été fait de bonne foi, n'eſt nul que parce que les parties n'étoient pas encore capables de contracter mariage, quoiqu'elles fuſſent capables de contracter des fiançailles; comme lorſque l'une des parties n'avoit pas encore l'âge de puberté: en ce cas, l'acte qui ne peut valoir comme mariage, vaut comme fiançailles, la promeſſe réciproque de ſe prendre préſentement pour époux, renfermant celle de ſe prendre pour époux lorſqu'on le pourra. C'eſt l'avis de Fagnan, *ad cap. ext. de deſponſ. impub.*

## ARTICLE IV.

### *Des choſes qui ont coutume d'accompagner les fiançailles.*

Les choſes qui ont coutume d'accompagner les fiançailles, ſont, 1°. la bénédiction des fiançailles en face d'Egliſe; 2°. les arrhes & les préſens de mariage; 3°. l'acte qui contient les conventions de mariage, qu'on appelle *contrat de mariage.*

### §. I.

### *De la Bénédiction des Fiançailles.*

39. L'uſage de la bénédiction des fiançailles eſt très-ancien dans l'Egliſe. Elle y étoit en uſage dès le quatrieme ſiecle, ſuivant ce qui paroît par une lettre du Pape Syrice à Himerius, Evêque de Tarragone, qui eſt rapportée au ſecond Tome des Conciles du Pape Labbe. Il y eſt dit, art. 4, *De conjugalium violatione requiſiſti, ſi deſponſatam alii puellam, alter in matrimonium poſſit accipere? Hoc ne fiat, modis omnibus inhibemus, quia illa benedictio quam NUPTURÆ Sacerdos imponit, apud fideles, ſacrilegii inſtar eſt, ſi ullâ tranſgreſſione violetur.*

Il eſt évident que le Pape parle, non de la bénédiction nuptiale, mais de la bénédiction que le Prêtre donnoit aux perſonnes fiancées; car il dit, *quam Nuptiæ Sacerdos imponit.* Il ne dit pas *nubenti;* & d'ailleurs, il ne pouvoit être queſtion que d'une fiancée dans ce qui faiſoit l'objet ſur lequel Himerius avoit conſulté le Pape. Himerius n'auroit pas eu beſoin de demander au Pape, ſi on pouvoit marier une femme qui l'étoit déja à un autre.

40. Quelqu'ancien que ſoit l'uſage de cette bénédiction, elle n'eſt pas de l'eſſence des fiançailles, qui ne laiſſent pas d'être valables, quoiqu'elle ne ſoit pas intervenue. En cela, les fiançailles different du mariage, qui, ſelon les Loix du Royaume, ne peut être valablement contracté qu'en face d'Egliſe.

La bénédiction eſt ſi peu de l'eſſence des fiançailles, que ſelon l'uſage de quelques Diocèſes, du nombre deſquels eſt notre Diocèſe d'Orléans, la bénédiction des fiançailles ne ſe fait qu'après la publication des bans, & par conſéquent long-temps après qu'elles ont été contractées.

L'uſage des Diocèſes où la bénédiction des fiançailles précede la publication des bans, eſt beaucoup plus régulier.

41. Cette cérémonie de la bénédiction des fiançailles ſe fait en face d'Egliſe. Les parties y déclarent devant le Curé de leur Paroiſſe, ou autre Prêtre par lui commis, qu'elles promettent de s'épouſer, & le Prêtre récite ſur elles les prieres accoutumées, telles qu'elles ſont contenues dans les Rituels des différens Diocèſes.

Lorſque les parties ſont de différentes Paroiſſes, cette cérémonie ſe fait dans celle de la fiancée, plutôt que dans celle du fiancé; car il eſt de la décence que ce ſoit le fiancé qui paroiſſe aller rechercher la fiancée.

## §. II.

### *Des arrhes & des préſens de mariage.*

42. On appelle *arrhes* ce que quelqu'un donne à un autre pour gage de l'inexécution de l'engagement qu'il contracte ou qu'il a contracté envers lui, à la charge de n'en avoir aucune répétition, dans le cas auquel il manqueroit par ſa faute à l'accomplir.

Chez les Romains, c'étoit le fiancé qui avoit coutume de donner des arrhes à la fiancée, ou au pere de la fiancée, en la puiſſance de qui elle étoit. S'il manquoit par ſa faute à ſon engagement, il perdoit les arrhes qu'il avoit données: ſi c'étoit par la faute de la perſonne qui les avoit reçues, qui, ſans aucun juſte ſujet, refuſoit d'accomplir le mariage, les arrhes devoient être rendues autrefois au quadruple; *L.* 6, *Cod. Theod. de Sponſal;* & depuis par la Conſtitution de Léon & Antheme, ſeulement au double.; *L.* 5, §. 1, *Cod. de Sponſal.*; L. 16, *Cod. de Epiſcop. Aud.*

Lorſque le mariage n'avoit pas lieu ſans la faute ni de l'une ni de l'autre des parties, *putà* par la mort de l'une d'elles avant qu'elle eût été miſe en demeure d'accomplir ſon engagement, ou pour quelque juſte cauſe que l'une ou l'autre partie avoit eue de ne pas accomplir les fiançailles, les arrhes étoient rendues purement & ſimplement ſans aucune crue; L. 3, *cod. de ſponſal.* Les arrhes doivent pareillement être rendues, lorſque le mariage a eu lieu.

43. Parmi nous, le fiancé & la fiancée ſe donnent aſſez ſouvent réciproquement des arrhes : celle des parties qui, ſans aucun juſte ſujet, refuſe d'accomplir ſon engagement, doit rendre à l'autre les arrhes qu'elle a reçues, & perdre celles qu'elle a données, pourvu néanmoins qu'elles ne fuſſent pas trop conſidérables, eu égard à la qualité & aux facultés des parties.

Lorſque les arrhes ſont conſidérables, & qu'elles excedent de beaucoup la ſomme à laquelle pourroient être réglés les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution des promeſſes de mariage, la partie qui les a données & qui refuſe, ſans aucun juſte ſujet, d'accomplir ſon engagement, ne laiſſe pas d'en avoir la répétition, ſous la déduction ſeulement de la ſomme à laquelle le Juge doit régler les dommages & intérêts dus à la partie qui les a reçues, pour l'inexécution des promeſſes de mariage. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 20 Août 1680, rapporté au 2^e^. tome du *Journal du Palais*.

La raiſon eſt, qu'étant d'une extrême importance pour le bien de la ſociété civile, que les mariages ſoient parfaitement libres, une partie ne doit pas être miſe dans la néceſſité de contracter un mariage contre ſon gré, par la crainte de ſouffrir une trop groſſe perte, ſi elle refuſoit d'accomplir les promeſſes de mariage pour l'exécution deſquelles elle a donné des arrhes trop conſidérables.

44. C'eſt par cette même raiſon qu'on n'a dans notre Juriſprudence aucun égard aux ſtipulations pénales par leſquelles un homme & une femme ſe promettent réciproquement une ſomme d'argent, ou quelqu'autre choſe, en cas de refus d'exécuter les promeſſes de mariage qu'ils ſe ſont faites, lorſque la ſomme ou la choſe promiſe excede ce que le Juge eſtime être dû pour les dommages & intérêts ; Arrêt du 29 Août 1713, au ſixieme volume du Journal. Notre Juriſprudence eſt en cela conforme au Droit canonique ; *Cap. Gemma 29, ext. de ſponſal.*

45. Les fiançailles ſont auſſi ſouvent accompagnées de préſens que le fiancé fait à la fiancée, ou qu'ils ſe font réciproquement l'un à l'autre. Suivant le Droit Romain, avant Conſtantin, ces donations étoient cenſées pures & ſimples, & ne ſe révoquoient pas lorſque le mariage manquoit, à moins qu'il n'y eût quelques circonſtances qui y fiſſent préſumer la condition, *ſi nuptiæ ſequantur ;* L. 2, *Cod. de don. ante nupt.*

Par les Conſtitutions de Conſtantin, la condition *ſi nuptiæ ſequantur*, y eſt toujours ſous-entendue ; & lorſque le mariage manque par la mort de l'une ou de l'autre partie, il y a lieu à la répétition des choſes données ; ſauf que *ſi jam oſculum intervenerat*, la fiancée retenoit la moitié de ce qui lui avoit été donné en préſent ; L. 15 & 16, *Cod. d. tit.*

Selon les mœurs des Romains, bien différentes des nôtres, une fille n'admettoit aucun homme à la baiſer au viſage, pas même ſouvent ſon fiancé. Lorſqu'elle y avoit admis ſon fiancé, le fiancé *videbatur pudicitiam ejus prælibaſſe, in cujus pudicitiæ prælibatæ præmium* ; la fiancée, lorſque le mariage manquoit, retenoit la moitié de ce qui lui avoit été donné.

En cela ce qui étoit donné en préſent, étoit différent des arrhes que la fiancée devoit rendre en ce cas, ſans en rien retenir.

A plus forte raiſon lorſque c'étoit par le refus du donataire que le mariage manquoit, les choſes qui lui avoient été données en préſent, devoient être rendues.

46. Suivant notre Juriſprudence Françoiſe, dans tous les préſens qui ſe font à des fiancés, la condition *ſi nuptiæ ſequantur* y eſt toujours ſous-entendue, quoiqu'elle n'y ait pas été exprimée ; & il y a en conſéquence toujours lieu à la répétition des choſes données, lorſque le mariage manque, à moins que ce ne fut par le refus du donateur : car en ce cas, le donateur ayant été mis en demeure d'accomplir la condition, elle doit paſſer pour accomplie vis-à-vis de lui, ſuivant la regle de Droit : *In omnibus cauſis pro facto id accipitur, quoties per aliquem mora fit, quominùs fiat ;* L. 39, ff. *de reg. jur.*

## §. III.

### *De l'Acte qui contient les conventions matrimoniales.*

47. Les fiançailles ſont ordinairement accompagnées ou ſuivies d'un acte reçu devant Notaires, qui ſe paſſe en préſence des parens des fiancés, qu'on aſſemble pour cet effet, lequel contient les conventions matrimoniales. On donne à cet acte le nom de *contrat de Mariage.*

Cet acte n'eſt pas de néceſſité. Il arrive ſouvent que les parties ſe marient ſans faire de contrat de mariage, ſur-tout parmi les pauvres gens : en ce cas, les diſpoſitions des Coutumes ſur la communauté, le douaire, &c. leur en tiennent lieu.

48. Ce contrat de mariage ne peut ſe faire qu'avant le mariage : il n'eſt plus permis, après la célébration du mariage, de faire aucunes conventions matrimoniales ; pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 202, dit : « En traité de mariage & *avant* la foi baillée & » bénédiction nuptiale, homme & femme peuvent faire & appoſer telles » conditions, douaires, donations, & autres conventions que bon leur ſem- » blera. »

C'eſt pour cela que les contrats de mariage doivent être faits devant Notaires, dans la crainte des antidates dont les actes ſous ſignatures privées ſont ſuſceptibles.

Il y a pourtant des Provinces où on admet les contrats de mariage faits ſous les ſignatures privées des parties & de leurs parens reſpectifs.

## ARTICLE V.

### *Des effets que produiſent les Fiançailles.*

Le principal effet que produiſent les fiançailles, eſt qu'elles forment dans chacune des parties un engagement réciproque d'accomplir ſa promeſſe, lorſqu'elle en ſera requiſe par l'autre partie ; d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplir.

Cet effet dérive de la nature des fiançailles, qui ſont un contrat ſynallagmatique.

Le ſecond effet des fiançailles, qui eſt une ſuite du premier, eſt qu'elles forment dans chacune des parties un empêchement prohibitif qui les empêche de pouvoir, pendant qu'elles ſubſiſtent, ſe marier licitement à un autre.

Cet engagement n'eſt que prohibitif : il n'eſt pas dirimant ; comme nous le verrons *infrà*, *part.* 3.

Enfin, le troiſieme effet des fiançailles eſt qu'elles forment, même après leur diſſolution, un empêchement dirimant, qu'on appelle d'honnêteté publique, qui empêche chacune des parties d'épouſer les parens de la ligne directe de l'autre partie, & même ceux du premier degré de la collatérale, comme nous le verrons *infrà*, *part.* 3.

## ARTICLE VI.

*Quels Juges ſont compétens pour connoître de la validité des fiançailles. La partie qui refuſe de les exécuter, peut-elle y être contrainte ; & quelle eſt la peine de ſon refus.*

49. Les fiançailles étant un contrat, appartiennent, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique ; & par conſéquent c'eſt le Juge ſéculier qui en eſt le Juge naturel.

Néanmoins, en conſidération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage que les parties ſe ſont réciproquement obligées de contracter, & que le mariage, en tant qu'il eſt élevé à la dignité de Sacrement, renferme quelque choſe de ſpirituel, nos Rois ont bien voulu permettre que les Juges d'Egliſe puſſent auſſi connoître des fiançailles, pourvu qu'ils ſe bornent à connoître ſeulement de leur validité ou invalidité, & non des dommages & intérêts qui réſultent de leur inexécution.

Le Juge d'Egliſe ne peut connoître des fiançailles, qu'entre le fiancé & la fiancée. Lorſque c'eſt un pere qui a promis de donner ſon fils ou ſa fille à quelqu'un, l'engagement qu'il contracte n'a rien de ſpirituel : il ne peut être pourſuivi pour l'accomplir, que devant le Juge ſéculier.

50. Lorſque l'une des parties fiancées a aſſigné l'autre devant l'Official, pour exécuter des promeſſes de mariage, la partie aſſignée, ou convient ou diſconvient des promeſſes.

Lorſqu'elle en diſconvient, l'Official n'en peut admettre la preuve que de la maniere dont elle eſt preſcrite par la Déclaration du 26 Novembre 1639, qui porte : « Défendons à tous Juges, même à ceux d'Egliſe, de recevoir la » preuve par témoins des promeſſes de mariage, autrement que par écrit qui » ſoit arrêté en préſence de quatre proches parens de l'une & de l'autre partie, » encore qu'elles ſoient de baſſe condition. »

La diſpoſition de cette Déclaration eſt conforme à l'Ordonnance de Moulins, qui a défendu la preuve teſtimoniale de toutes choſes excédant cent livres, dont les parties ont pu ſe procurer une preuve par écrit.

Cette Déclaration n'établit donc pas un droit nouveau ; elle ne fait que confirmer à cet égard l'Ordonnance de Moulins. C'eſt pourquoi, par Arrêt du 29 Décembre 1629, antécedent à cette Déclaration, la Cour jugea qu'il y avoit abus dans un appointement de l'Official du Mans, qui avoit permis la preuve teſtimoniale de promeſſes de mariage : il eſt rapporté par Bardet, *tom.* 1, *liv.* 3, *chap.* 76.

51. Lorsque les promesses sont avouées ou prouvées, l'Official entre en connoissance de cause, si l'engagement a été valablement contracté, & s'il n'est survenu depuis aucun juste sujet d'en dégager la partie qui l'a contracté. Lorsque l'Official trouve l'engagement valable, il prononce que les fiançailles sont valables, & il exhorte la partie à accomplir son engagement; mais il ne peut la condamner à l'exécution, ni l'y contraindre par censures ecclésiastiques. S'il le faisoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus. Arrêt du 1^er^ Juin 1638, rapporté par Bardet, *tom.* 2, *liv.* 7, *chap.* 36. Nous avons rejetté en France le chapitre 10, *extr. de sponsi.* qui permet aux Juges d'Eglise d'employer cette voie. Parmi nous, l'Official doit se contenter des voies d'exhortation; & si la partie persiste dans son refus, il doit prononcer la dissolution des fiançailles, en lui imposant une pénitence pour son manque de foi, qui consiste dans quelques prieres, ou légeres aumônes, Ce manque de foi doit être toléré comme un moindre mal, pour éviter de plus grands maux que pourroit occasionner un mariage qui seroit contracté par contrainte; *Can. requisivit* 17, *extr. de sponsal.*

52. Tout le pouvoir du Juge d'Eglise se borne à imposer cette pénitence; il ne peut pas statuer sur les dommages & intérêts résultans de l'inexécution des fiançailles: s'il le faisoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus.

Néanmoins, quoique l'Official soit incompétent par la nature de l'affaire, pour statuer sur ces dommages & intérêts, il pourroit être compétent par la qualité de la personne à qui ils seroient demandés; *putà* si un Chanoine, simple Clerc tonsuré, avoit fait des promesses de mariage qu'il refusât d'exécuter, & que la fille à qui il les a faites, l'eût assigné en l'Officialité, & y eût conclu en des dommages & intérêts, l'Official seroit compétent pour y statuer, par la qualité de la personne à qui ils sont demandés, un Official étant compétent en matiere profane, pour connoître des actions pures personnelles qui sont intentées devant lui contre des Ecclésiastiques. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du mois de Février 1690, sur les conclusions de M. de Lamoignon, qui fit la distinction que nous faisons. L'Arrêt est rapporté au 5^e^. tome du *Journal des Audiences.*

53. Hors ce cas, il faut, pour les dommages & intérêts résultans de l'inexécution des fiançailles, se pourvoir devant le Juge séculier du domicile de la partie refusante.

Quoique la question sur la validité des fiançailles ait déja été examinée & jugée à l'Officialité, on ne laisse pas de la discuter de nouveau devant le Juge séculier, le jugement de l'Official ne pouvant former un préjugé dans le Tribunal séculier, qui en est indépendant.

Lorsque le Juge trouve l'engagement valable, il condamne la partie qui refuse de l'accomplir, à une somme à laquelle il arbitre les dommages & intérêts dus à l'autre partie pour l'inexécution de l'engagement.

Les dépenses que les recherches de mariage ont causées pendant tout le temps qu'elles ont duré, à celui qui se plaint de l'inexécution des fiançailles, & la perte du temps qu'elles lui ont causée, sont les objets les plus ordinaires de ces dommages & intérêts. L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi, y peut aussi quelquefois entrer, dans le cas auquel il y auroit lieu de craindre qu'il ne pût nuire à son établissement avec quelqu'autre.

54. Le Juge, en condamnant la partie qui refuſe d'accomplir les promeſſes de mariage, à une ſomme pour les dommages & intérêts, ne doit pas ajouter cette alternative, *ſi mieux n'aime épouſer :* cette prononciation eſt indécente, & paroît bleſſer la liberté des mariages : la Cour l'a défendue par Arrêt du 10 Mars 1713.

## ARTICLE VII.

### *Des cauſes qui peuvent décharger de leur engagement les parties qui ont contracté des fiançailles.*

55. Il n'eſt pas douteux que les parties qui ont contracté des fiançailles, peuvent être déchargées de leur engagement, par leur conſentement mutuel.

Cela a lieu, quand même les fiançailles auroient été bénites en face d'Egliſe; car ce n'eſt pas la bénédiction qui forme l'engagement ; il eſt formé par le ſeul conſentement des parties, dès avant que la bénédiction ſoit intervenue ; & par conſéquent il peut ſe diſſoudre par leur ſeul conſentement, ſuivant le principe commun à tous les contrats conſenſuels : *Quæ conſenſu contrahuntur, contrario conſenſu diſſolvuntur.*

Quoique les fiançailles aient été confirmées par ſerment, elles ſe diſſolvent par le conſentement mutuel des parties, ſans qu'elles ſoient tenues de ſe faire abſoudre de leur ſerment. L'engagement du ſerment n'étant qu'acceſſoire à celui des promeſſes de mariage que les parties ſe ſont faites, celui qui réſulte des promeſſes étant détruit par leur conſentement mutuel, celui du ſerment l'eſt auſſi de plein droit, ſuivant ce principe de Droit : *Quæ acceſſionem locum obtinent, extinguuntur quùm principales res peremptæ ſunt ;* L. 2, ff. *de pen. leg.*

56. Quoique les fiançailles ſe diſſolvent par le conſentement mutuel des parties qui les ont contractées, néanmoins lorſque ce ſont des mineurs qui les ont contractées de l'autorité de leurs parens ou tuteurs, cette autorité, tant qu'ils ſont en puiſſance d'autrui, eſt néceſſaire pour rompre l'engagement, comme elle l'a été pour le contracter, ſuivant la regle, *quæque eodem modo diſſolvuntur, quo colligata ſunt* ; L. 35, ff. *de reg. jur.*

57. Ce conſentement mutuel de ſe déſiſter des fiançailles, eſt cenſé tacitement intervenu, lorſque les parties ont laiſſé paſſer le temps porté par les promeſſes de mariage, dans lequel elles devoient s'accomplir, ſans en avoir requis de part ni d'autre l'accompliſſement; c'eſt pourquoi le laps de ce temps diſſout en ce cas de plein droit les fiançailles ; *Cap.* 22, *extr. de Sponſal.*

Lorſque les promeſſes de mariage ne portent aucun temps dans lequel elles devront être accomplies, les Empereurs Conſtance & Conſtant décident, que ſi les parties demeurent dans la même province, la fiancée peut impunément ſe marier au bout de deux ans à un autre : *Si is qui puellam ſuis nuptiis pactus eſt, intrà biennium exequi nuptias, in eadem provincia degens ſuperſederit, ejuſque ſpatii fine decurſo, in alterius conjunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei ſit, quæ nuptias maturando vota ſua diutiùs eludi non paſſa eſt ;* L. 2, *Cod. de ſponſ.*

Lorſque le fiancé eſt abſent, la fiancée n'eſt pas obligée d'attendre ſon retour plus de trois ans ; L. 2, *Cod. de repud.*

58. Les parties ſont ſur-tout cenſées s'être dégagées mutuellement de leurs

fiançailles par un consentement tacite, lorsque par le fait de l'une & de l'autre, elles ont contracté un engagement dirimant de leur futur mariage; comme lorsqu'après avoir contracté des fiançailles avec une veuve qui étoit grosse d'un posthume, j'ai été depuis, à sa priere, le parrain de l'enfant dont elle est accouchée; Voyez *infrà*, *part.* 3.

Il en est autrement, lorsque l'empêchement dirimant a été contracté par le fait seul de l'une des parties; comme lorsque depuis les fiançailles, le fiancé a commis fornication envers une parente de la fiancée. La fiancée est bien dégagée envers lui, mais il ne l'est pas envers elle; & il est obligé, si la fiancée le requiert, d'obtenir à ses dépens dispense de cet empêchement; sinon il est tenu des dommages & intérêts.

59. Il y a certaines causes pour lesquelles l'une des parties est dégagée de son engagement, sans le consentement de l'autre.

1°. Lorsque l'une des parties a manqué à la foi qu'elle avoit donnée, l'autre est dégagée envers elle de son engagement.

C'est sur ce fondement qu'il est décidé au Chapitre *Quemadmodum*, *extr. de jurejurando*, que si l'une des parties peut prouver que l'autre a commis fornication depuis les fiançailles, elle est dégagée envers elle.

Par la même raison, si l'une des parties fiancées contracte mariage, ou même de simples fiançailles avec une autre personne, l'autre partie est dégagée envers elle.

Observez qu'il n'y a que la partie à qui l'autre a manqué de foi, qui soit dégagée de son engagement: celle qui y a manqué, demeure engagée. Par exemple, la partie qui a commis fornication, peut être assignée pour exécuter la promesse de mariage qu'elle a faite.

Celle qui s'est mariée à un autre, contre la foi de son engagement, ne peut pas, à la vérité, tant que ce mariage dure, être assignée pour exécuter la promesse de mariage, puisqu'elle ne le peut plus; mais elle peut l'être en paiement des dommages & intérêts résultans de l'inexécution de sa promesse; & même après la dissolution de son mariage qui mettoit obstacle à l'exécution de sa promesse, elle est tenue, si elle en est requise, de l'exécuter.

Lorsqu'une fiancée a manqué à sa foi, en commettant fornication avec un autre homme, si, sur mon refus de l'épouser, & faute de preuve de cette cause de dissolution de nos fiançailles, j'ai été condamné envers elle en des dommages & intérêts, elle est obligée dans le for de la conscience, à me restituer la somme qu'elle a reçue pour lesdits dommages & intérêts; car ce n'est que faute de fournir la preuve de son manquement de foi, que j'ai été condamné en ces dommages & intérêts; mais dans la vérité des choses, ayant été dégagé de mon engagement par son manquement de foi, je ne lui en dois point dans le for de la conscience.

60. 2°. Une partie est dégagée de l'engagement des fiançailles sans le consentement de l'autre, lorsqu'il est survenu quelque chose à la partie avec qui elle les a contractées, qui l'eût certainement empêchée de les contracter, si elle l'eût prévu.

Le Chapitre *Quemadmodum* 25, *ext. de Jurejurando*, rapporte pour exemple le cas auquel la personne à qui j'ai été fiancé, seroit devenue lépreuse ou paralytique, ou auroit perdu les yeux ou le nez.

Il en eſt de même des autres maladies, comme de l'épilepſie : on peut apporter d'autres exemples, comme lorſque la partie avec qui j'ai contracté des fiançailles, a depuis été condamnée à quelque peine infamante ; ou bien encore, lorſqu'il lui eſt ſurvenu un renverſement de fortune imprévu, qui l'empêche de pouvoir apporter un bien capable de ſubvenir de ſa part aux charges du mariage.

Cette déciſion a lieu, quand même, par les fiançailles, il n'auroit été aucunement queſtion de ce que chacune des parties apporteroit en mariage : elle ſouffre beaucoup moins de difficulté, lorſque par le contrat de fiançailles, on a réglé ce que chacune des parties apporteroit en mariage ; car, en ce cas, je ſuis cenſé ne m'être engagé à vous épouſer, que ſous la condition que vous apporteriez en mariage, ce que vous avez promis d'y apporter ; le renverſement de votre fortune vous mettant hors d'état de l'apporter, je ſuis déchargé de mon engagement, *quaſi ex defectu conditionis.*

Lorſque ma fiancée a été, depuis nos fiançailles, ravie par quelqu'un, quoiqu'elle n'ait pas conſenti au rapt, ce rapt me délie de l'engagement des fiançailles ; car quoique je ne puiſſe pas lui reprocher qu'elle ait manqué à la foi qu'elle m'avoit donnée, & que je ne puiſſe par conſéquent me prétendre délié de mon engagement, pour cauſe d'un manque de foi de ſa part, je le ſuis pour une autre cauſe, qui eſt que le rapt d'une fille laiſſe à cette fille une certaine note qui m'eût empêché de contracter des fiançailles avec elle, ſi je l'euſſe prévu.

61. 3°. Je ſuis déchargé de l'engagement des fiançailles, non-ſeulement lorſqu'il eſt ſurvenu à la perſonne à qui j'ai été fiancé, quelque choſe qui m'eût empêché de les contracter ſi je l'euſſe prévu ; mais encore j'en ſuis déchargé lorſque c'eſt à moi à qui il eſt ſurvenu quelque choſe qui m'eût empêché de contracter ces fiançailles, ſi je l'euſſe prévu. Par exemple, s'il m'eſt ſurvenu quelqu'infirmité qui ne me permette pas de m'engager dans le mariage, ſans courir riſque d'endommager ma ſanté ; comme ſi je ſuis devenu pulmonique, ou ſi c'eſt une infirmité qui me mette hors d'état de gagner ma vie ; s'il m'eſt ſurvenu un dérangement de fortune qui me mette hors d'état de pouvoir ſupporter les charges du mariage que nous nous étions promis de contracter. Dans ces cas, & autres ſemblables, je ſuis diſpenſé de tenir mon engagement de fiançailles, que je n'euſſe pas contracté, ſi j'euſſe prévu ce qui eſt arrivé.

*Quid vice versâ.* Si après avoir contracté des fiançailles avec une perſonne dont la fortune étoit alors égale à la mienne, il m'eſt depuis ſurvenu une groſſe fortune, qui mette une grande diſproportion entre ma fortune & celle de ma fiancée, & qui m'eût empêché de contracter avec elle, ſi je l'euſſe prévu, puis-je en conſcience ne la pas épouſer, & chercher un autre parti plus conſidérable, ſauf à lui payer les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution des fiançailles ? J'ai été ſurpris que l'Auteur des Conférences de Paris, *tom.* 1, *pag.* 181 & 182, ait décidé pour l'affirmative, pendant que le Jéſuite Sanchez, qui paſſe pour un Caſuiſte relâché, tient la négative.

La déciſion du Jéſuite me paroît ſans difficulté. La cupidité qui m'a porté à rechercher une plus grande fortune que celle de ma fiancée, ne peut aux yeux de Dieu, ni même aux yeux des honnêtes payens, paroître une raiſon valable pour manquer à la foi que je lui ai promiſe. Si j'ai cru, lors des fiançailles,

avoir avec le bien de ma fiancée, & celui que j'avois alors, de quoi ſupporter les charges du mariage que nous nous ſommes promis de contracter ; à plus forte raiſon, j'ai de quoi les ſupporter depuis que ma fortune a augmenté, & par conſéquent rien ne m'empêche de le contracter.

Les raiſons qu'apporte l'Auteur ces Conférences pour ſon ſentiment, ſont des plus frivoles : il dit, 1°. qu'il eſt à propos qu'il y ait dans les mariages égalité de fortune, de peur que le plus riche ne mépriſe l'autre, & que ce mépris ne trouble la paix du mariage. Je réponds qu'on doit ſuppoſer que celui qui conſulte ſur ce cas, eſt un honnête homme ; car s'il ne l'étoit pas, il ne conſulteroit pas, & il ne trouveroit aucune difficulté à violer ſon engagement ; mais dès qu'on le ſuppoſe honnête homme, on ne doit pas craindre que la diſproportion de ſa fortune le porte à mépriſer ſa femme. Il n'y a que de malhonnêtes-gens, qui ſoient capables de ces ſentimens.

Il dit, 2°. qu'on doit ſuppoſer les fiançailles contractées ſous la condition qu'il ne ſurviendra rien de nouveau. Je réponds qu'on ne doit pas facilement ſuppoſer dans les contrats, des conditions qui n'y ont pas été exprimées; mais ſur-tout on ne peut pas ſuppoſer qu'on ait mis pour condition une choſe à laquelle on n'a pas même penſé. On ne doit donc pas ſuppoſer dans cette eſpece, qu'on ait voulu faire dépendre les fiançailles de la condition, s'il n'arrivoit pas une augmentation conſidérable de fortune à quelqu'une des parties, puiſqu'on n'y a pas même penſé

62. Quoiqu'il ne ſoit rien ſurvenu de nouveau ni de part ni d'autre, lorſque je viens à découvrir dans la perſonne avec qui j'ai contracté les fiançailles, quelque ſujet qui exiſtoit au temps des fiançailles, dont je n'avois pas connoiſſance, & qui m'eût empêché de les contracter ſi je l'euſſe ſçu, je dois, à plus forte raiſon, être dégagé de mon engagement. La réticence de la partie avec qui j'ai contracté les fiançailles, eſt une raiſon de plus, pour rendre mon engagement nul, & de m'en décharger.

On peut apporter pour exemple le cas auquel j'avois ignoré que la fille avec qui j'ai contracté des fiançailles, auroit été repriſe de Juſtice, ou ſe ſeroit laiſſée abuſer par quelqu'un, avant les fiançailles.

Il eſt vrai qu'Innocent III, au Chapitre *Quemadmodum*, ci-deſſus cité, décide qu'on ne peut ſe diſpenſer de tenir ſa promeſſe à ſa fiancée, ſur le prétexte qu'elle auroit commis fornication avant les fiançailles ; mais la pureté de nos mœurs ne permet pas de ſuivre cette déciſion.

63. Obſervez que, ſi depuis qu'il eſt ſurvenu quelque choſe à ma fiancée, qui fût de nature à me fournir un juſte ſujet de retirer ma parole ; & pareillement, ſi depuis que j'ai découvert pareille choſe que j'ignorois au temps des fiançailles, j'ai néanmoins continué à fréquenter ma fiancée, & à la traiter comme ma fiancée, je deviens par-là non recevable à alléguer cette choſe pour me faire décharger de mon engagement, étant cenſé, par cette fréquentation, l'avoir confirmé en pleine connoiſſance de cauſe.

Il en eſt de même dans le cas inverſe : une fiancée qui a continué de recevoir ſon fiancé, depuis qu'il lui eſt ſurvenu, ou qu'elle a reconnu quelque choſe, n'eſt plus recevable à le lui oppoſer.

64. Selon le droit des Décrétales, l'une des parties peut licitement, ſans le

consentement de l'autre, manquer à l'engagement des fiançailles, en faisant des des vœux solemnels de religion, ou en se faisant promouvoir aux ordres sacrés; l'autre partie ne pouvant pas trouver mauvais qu'elle retire la foi qu'elle lui avoit donnée, pour l'engager à Dieu.

Je pense que si la partie peut en ce cas licitement manquer à la foi des fiançailles, ce ne doit être qu'à la charge de dédommager l'autre partie des dépenses qu'elles lui ont occasionné.

65. Lorsque l'une des parties a pris l'habit de Religion, elle n'est pas dégagée de son engagement, qui n'est que suspendu jusqu'à ce qu'elle ait fait profession; autrement, la porte seroit ouverte aux fraudes, & il seroit au pouvoir d'une fiancée de rompre impunément son engagement, en faisant semblant d'entrer en Religion: mais quoique la partie qui est entrée dans un noviciat, ne soit pas dégagée de son engagement, néanmoins l'autre partie est aussi-tôt dégagée du sien; car celle qui a pris l'habit de Religion, est censée avoir suffisamment par-là renoncé aux fiançailles; *Van-Espen, de sponsal. cap.* 2, *n°.* 20.

A l'égard des vœux simples que l'une des parties alleguerroit avoir faits; ces vœux n'ayant aucun effet dans le for extérieur, ne peuvent la décharger de son engagement.

# CHAPITRE II.

## *Des Bans de Mariage.*

66. LE mariage, avant que d'être célébré, doit être précédé de bans.

Le terme de *bans* signifie *publication, proclamation.*

Les bans de mariage sont des dénonciations publiques qui se font aux Prônes des Eglises paroissiales, du mariage que les parties dénommées par lesdites dénonciations, entendent contracter, avec injonction à ceux qui sçauroient des empêchemens audit mariage, de les révéler.

Nous traiterons, 1°. de l'antiquité de l'usage des bans de mariage, & de leur nécessité: 2°. de leur forme: 3°. nous verrons par qui la publication doit s'en faire: 4°. où elle doit être faite: 5°. en quel temps: 6°. de quelles choses le Curé doit s'assurer avant que de publier les bans: 7°. nous traiterons des dispenses de bans: 8°. des oppositions aux bans de mariage.

### §. I.

### *De l'antiquité de l'usage des Bans de mariage; & de leur nécessité.*

67. L'usage de faire précéder les mariages par des publications de bans, est très-ancien dans l'Eglise; il en est fait mention dans l'Epitre décrétale du Pape Innocent III, à l'Evêque de Beauvais, vers le commencement du treizieme siécle, où ces mots, *secundùm consuetudinem Ecclesiæ Gallicanæ*, se trouvent dans la collection dont Antoine Augustin a donné une édition, & qui ne se trouvent plus dans celle de Raymond de Pegnafort, où cette décrétale est rapportée, *cap.* 27, *ext. de sponsal.*

Innocent III, a fait une Ordonnance dans le Concile de Latran, pour faire obſerver cet uſage dans toute l'Egliſe; *cap. cum inhib itio ext. de cland. deſponſat.*

68. Les motifs de cette diſcipline ſont, 1°. pour empêcher les mariages clandeſtins, en rendant les mariages publics par la publication des bans; 2°. pour avoir révélation des empêchemens de mariage qui pourroient ſe rencontrer dans les parties dont on publie les bans.

Tous ceux qui ont connoiſſance de quelque empêchement, étant avertis par la publication des bans, ſont obligés de révéler au Curé qui les a publiés, la connoiſſance qu'ils en ont.

Ils y ſont obligés, quand même ils n'en pourroient fournir la preuve; car le Curé qui en eſt averti, peut, ſur les répréſentations qu'il fera ſecrétemment à la partie, la faire convenir de l'empêchement, & l'engager à renoncer au mariage qu'elle vouloit contracter.

69. Le Concile de Trente a renouvellé l'Ordonnance du Concile de Latran; l'Ordonnance de Blois a donné force de loi à cet uſage. Elle porte, *art.* 40, » pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandeſtins, avons ordonné que nos ſujets ne pourront valablement contracter mariage ſans proclamations précédentes de bans, faites par trois divers jours de fête, avec intervalle compétent. »

Quoiqu'il ſembleroit par ces termes, *ne pourront valablement contracter mariage*, que le défaut de publication de bans devroit rendre le mariage nul, néanmoins, comme c'eſt principalement pour obvier à la clandeſtinité des mariages, que l'Ordonnance requiert cette formalité, ſuivant qu'elle s'en exprime en l'article ci-deſſus rapporté, on ne ſeroit pas reçu à attaquer, par le défaut de cette formalité, un mariage dont la publicité ne ſeroit pas conteſtée, & qui ne ſeroit pas accuſé de clandeſtinité. C'eſt ce qu'enſeignent d'Héricourt en ſes Loix Eccléſiaſtiques, chapitre du mariage, *art.* 1, *n.* 21, & pluſieurs autres Auteurs. Bardet, *liv.* 7, *ch.* 38, rapporte un Arrêt du mois d'Août 1638, qui a déclaré valable un mariage célébré entre majeurs, ſans publication de bans préalable. Il y a un Arrêt ſemblable du 15 Mars 1691, rendu ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, rapporté au cinquieme Tome du Journal des Aud; quoique dans l'eſpece, le mariage eût commencé *ab illicitis*.

Mais lorſqu'un mariage eſt accuſé de clandeſtinité, ſi la publicité n'eſt pas bien prouvée, le défaut de publication de bans eſt d'un grand poids pour le faire déclarer clandeſtin, & le faire en conſéquence priver des effets civils.

Le Prêtre qui a célébré le mariage ſans s'être fait repréſenter ou le certificat de proclamation de bans, donné par ceux qui ont dû les publier, ou la diſpenſe de bans accordée par l'Evêque ou ſon Grand-Vicaire, peut être pourſuivi, tant devant ſon Official, que devant le Juge ſéculier, & être puni par l'Official, par des peines canoniques; & par le Juge ſéculier, par des amendes ou autres peines, ſuivant l'exigence des cas

## §. II.

### *De la forme des Bans de mariage.*

70. Les bans de mariage doivent contenir les noms, surnoms, qualités & demeures des parties, & les noms & qualités de leurs pere & mere, de maniere que le peuple, qui est assemblé dans l'Eglise où ils se publient, puisse connoître quelles sont les personnes dont on publie les bans de mariage.

Cette publication doit se faire en langue vulgaire, à haute & intelligible voix, de maniere que tout le monde l'entende.

## §. III.

### *Par qui doit se faire la publication des Bans.*

71. La publication doit se faire par le Curé de la Paroisse où elle est faite, ou par son Vicaire, ou par un Prêtre par lui commis: cette publication étant une fonction Curiale, elle ne pourroit pas par conséquent être valable, si elle étoit faite par un Curé primitif, de sa propre autorité. Albert rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 3 Février 1692, qui a déclaré abusive une proclamation de bans de mariage, faite par le Doyen de l'Eglise Cathédrale d'Agde, en sa qualité de Curé primitif de la Paroisse établie dans cette Cathédrale.

Il a été aussi défendu aux Huissiers & autres Officiers, de Justice, de faire des publications de bans, sur le refus du Curé. Fevret, *l.* 5, *chap.* 2, rapporte un Arrêt du 12 Mars 1614, qui a condamné un Sergent à de grosses peines, pour avoir publié des bans sur le refus du Curé; on doit, en cas de refus du Curé, l'assigner devant l'Official, pour lui enjoindre de les publier; & s'il persiste dans son refus, l'Evêque ou son Vicaire-Général, peut commettre un Prêtre pour les aller publier dans l'Eglise du Curé refusant.

## §. IV.

### *Où doit se faire la publication des Bans.*

72. Cette publication doit être faite dans l'Eglise paroissiale des parties; & lorsqu'elles sont de différentes paroisses, elle doivent être faites dans l'Eglise paroissiale de chacune des parties; c'est-à-dire, dans celle du lieu de leur résidence, ordinaire, quand même ce lieu ne seroit pas leur vrai domicile de droit, parce qu'ils n'y sont pas pour perpétuelle demeure, mais pour raison de quelqu'emploi amovible qu'ils y exercent.

Lorsqu'une partie a changé de Paroisse sans changer de Diocèse, s'il n'y a pas six mois entiers qu'elle y demeure, ses bans doivent être publiés, non-seulement dans la Paroisse de sa nouvelle demeure, mais encore dans la Paroisse qu'elle a quittée.

Lorsqu'elle a changé de Diocese, il faut qu'il y ait un an entier qu'elle y demeure, pour être dispensée de faire publier ses bans dans la Paroisse qu'elle a quittée.

Lorſque les parties ſont mineures, leurs bans doivent être publiés, non-ſeulement dans le lieu de leur réſidence, qui eſt leur domicile de fait, mais encore dans celui de la demeure de leurs pere, mere, tuteur ou curateur, qu'on appelle, à cet égard, leur domicile de droit.

73. Lorſqu'une partie demeure dans le détroit d'une Egliſe qui eſt annexe d'une autre Egliſe, c'eſt l'Egliſe annexe qui eſt ſa Paroiſſe, & où ſes bans de mariage doivent être publiés : ils ne ſeroient pas bien publiés dans l'Egliſe matrice.

On appelle Egliſe annexe, celle qui eſt gouvernée par le même Curé que celui de l'Egliſe matrice, mais qui a un détroit particulier diſtingué de celui de l'Egliſe matrice, & où les fideles de ce détroit vont recevoir les Sacremens, où il y a, pour cet effet, des fonts baptiſmaux, & où il y a une fabrique particuliere.

Il en eſt autrement des Egliſes ou Chapelles ſuccurſales, établies pour la commodité des Paroiſſiens éloignés de l'Egliſe paroiſſiale : les bans ne ſeroient pas valablement publiés dans la Succurſale ; ils doivent l'être dans l'Egliſe paroiſſiale.

## §. V.

### *En quel temps ſe fait la publication des Bans.*

74. L'Ordonnance dit que les bans ſeront publiés *par trois divers jours de fête, avec intervalle compétent.*

Elle entend par jours de Fêtes, tant les Dimanches que les autres jours fêtés par le peuple.

Barboſa, dont Van-Eſpen rapporte le ſentiment, penſe que les jours auxquels on fait dans la Paroiſſe une fête, qui, ſans être d'obligation, mais ſeulement de dévotion, y attire un auſſi grand concours qu'aux plus grands jours de fêtes, doivent être compris ſous le terme de jours de fête, & qu'on peut valablement publier en ce jour, des bans de mariage.

C'eſt *intrà Miſſarum ſolemnia*, c'eſt-à-dire, au Prône de la Meſſe de Paroiſſe que doivent ſe publier les bans : la publication ſeroit abuſive, ſi elle étoit faite le ſoir à Vêpres.

75. L'Ordonnance veut qu'il y ait un intervalle compétent entre les jours que ſe font les publications.

Cet intervalle eſt requis principalement afin que ceux qui ont des oppoſitions à former aux bans, aient le temps de les former.

Il faut auſſi que ceux qui auroient connoiſſance de quelqu'empêchement, aient le temps de venir à révélation.

L'Ordonnance n'ayant pas réglé le temps de cet intervalle, il dépend de l'uſage des différens Dioceſes ; dans pluſieurs Dioceſes, du nombre deſquels eſt le nôtre, il ſuffit qu'il ſoit d'un jour.

C'eſt pourquoi, ſi après qu'on a fait une premiere publication le Dimanche, il ſe rencontre une fête au mardi ſuivant, la ſeconde publication pourra ſe faire le mardi ; mais ſi la fête s'étoit trouvée le lundi, elle n'auroit pu ſe faire, faute d'intervalle.

## §. VI.

### *Des choſes dont le Curé doit s'aſſurer avant de publier les Bans de mariage.*

76. Les bans de mariage ne doivent ſe publier que du conſentement des deux parties qui ſe ſont réciproquement promis de s'épouſer ; c'eſt pourquoi, ſi l'une des parties apporte à ſon Curé des bans de mariage à publier, le Curé ne doit pas procéder à la publication, ſans s'être auparavant aſſuré que l'autre partie y conſent.

Lorſque les parties, ou l'une d'elles, ſont enfans de famille, ou en puiſſance d'autrui, le Curé doit, avant que de procéder à la publication des bans, ſe faire repréſenter le conſentement de leurs pere, mere, tuteur ou curateur ; ce conſentement étant requis pour la publication des bans par la Déclaration du 26 Novembre 1639, *art.* 1, où il eſt dit : » La proclamation des bans ſera faite » par le Curé de chacune des parties contractantes, avec le conſentement des » pere, mere, tuteurs ou curateurs, s'ils ſont enfans de famille, ou en la puiſ» ſance d'autrui.

## §. VII.

### *Des Diſpenſes de Bans.*

77. Le Roi, en faiſant, par l'Ordonnance de Blois, une Loi qui n'étoit auparavant qu'un article de diſcipline eccléſiaſtique, a bien voulu laiſſer aux Evêques ou à leurs Vicaires-Généraux, le pouvoir d'en accorder des diſpenſes : les Vicaires-Généraux, nommés par les Chapitres des Cathédrales, pour exercer la Juriſdiction Epiſcopale, pendant la vacance du Siege, ont le droit d'accorder ces diſpenſes.

On a mis en queſtion, ſi certains Abbés, qui ſont en poſſeſſion d'une Juriſdiction quaſi-Epiſcopale dans un certain territoire, ont le droit d'accorder ces diſpenſes. Fagnan, ſur le chapitre *cùm inhibitio ext. de cland. deſp.* le leur refuſe. L'Auteur des Conférences de Paris cite des exemples d'Abbés qui ſont en poſſeſſion de les accorder, ſauf que l'Evêque a la prévention ; & que lorſque les parties ſe ſont adreſſées à l'Evêque qui les a refuſées, l'Abbé ne peut plus les accorder.

Lorſque les parties ſont de différens Dioceſes, la diſpenſe de l'Evêque de l'une des parties ne ſuffit pas ; chacune des parties doit avoir la diſpenſe de ſon Evêque.

78. L'Ordonnance de Blois a réglé en quel cas il étoit permis aux Evêques d'accorder ces diſpenſes.

Il eſt dit en l'article 40 de cette Ordonnance, » qu'on ne pourra obtenir diſ» penſes qu'après la premiere proclamation faite ; & ce, ſeulement pour quel» qu'urgente & légitime cauſe, & à la réquiſition des principaux & plus proches » parens des parties contractantes.

On peut donner pour exemple d'une juſte cauſe de diſpenſe, le cas auquel il y auroit lieu de craindre de la part de quelqu'un, qu'il ne formât par malice une

opposition mal-fondée, qui différeroit le mariage pendant un long temps qui seroit nécessaire pour la faire vuider ; *si probabilis fuerit suspicio matrimonium malitiosè impediri posse, si totpræcesserint denuntiationes ; Conc. Trid. Sess.* 24, *Cap.* 1°.

Il peut y avoir plusieurs autres justes causes de dispenses ; *putà*, la grossesse de la fiancée, qui exige l'accélération de la célébration du mariage, pour éviter le scandale d'un accouchement qui arriveroit avant ou trop peu de temps après le mariage.

Le cinquieme Concile de Milan, tenu par saint Charles, décide que la proximité du temps du Carême ou de l'Avent, n'est pas une cause suffisante pour dispenser de la publication de quelqu'un des trois bans ; *cùm præsertim* (dit le Concile) *eo sacro tempore, qui jam matrimonio juncti sunt ab illius usu abstinere potiùs conveniens sit, nedum sponsos unâ conjungi.* Conc. Med. 5, can.

Saint Charles étoit bien éloigné d'accorder des dispenses pour la célébration du mariage, même dans ces saints temps.

79. La disposition de l'Ordonnance qui ne permet d'accorder des dispenses de la proclamation de quelqu'un des bans, que pour de justes causes, n'est gueres bien observée.

Celle qui défend de n'en accorder qu'après la premiere publication, n'est pas non plus observée à la rigueur, & on tolere que les Evêques ou leurs Grands-Vicaires accordent quelquefois la dispense des trois bans ; mais ils doivent être très-réservés. Par Arrêt du 13 Juin 1634, rapporté par Bardet, T. 11, L. 3, *ch.* 23, il est fait défenses à tous Grands-Vicaires de ne plus accorder dispenses de trois bans, sans connoissance de cause, à peine de nullité & de répondre en leur nom, des dépens, dommages & intérêts des parties.

Fevret, en son Traité de l'abus, L. 5, *ch.* 2, *n.* 32, observe, à l'égard des dispenses, qu'il y a lieu à l'appel comme d'abus, lorsque le Supérieur Ecclésiastique a imposé aux parties plus que ce qui est accoutumé, quand même la somme auroit été applicable en œuvres pies.

80. Il nous reste à observer que les Evêques ou leurs Vicaires-Généraux peuvent bien dispenser de faire les proclamations ; mais qu'ils n'ont pas le droit de permettre qu'elles soient faites par un Prêtre étranger, ni ailleurs qu'en la Paroisse des parties : si l'Evêque le permettoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus ; Fevret, L. 5, *ch.* 2, *n.* 8

## §. VIII.

### *Des oppositions aux Bans.*

81. Les personnes qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage dont on a publié les bans, peuvent former opposition aux bans.

Telle est celle qui prétendroit être mariée, ou même seulement fiancée à une personne dont on a publié les bans de mariage avec une autre.

Ces oppositions sont aussi quelquefois formés par les parens, sur-tout par les pere, mere, tuteurs ou curateurs qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage de l'une des parties.

82. Cette opposition se fait par une signification qui est faite par le ministere d'un Huissier ou Sergent, au Curé qui a publié les bans, par laquelle il est dit, qu'un

qu'un tel eſt oppoſant au mariage d'un tel ou d'une telle, dont le Curé a publié les bans.

L'Arrêt de Réglement du 15 Juin 1691, ordonne qu'à cet effet, les Curés ſeront tenus d'avoir un regiſtre où ils tranſcriront les oppoſitions, & pareillement les déſiſtemens & main-levée qui en ſeroient donnés par les parties, ou prononcés par des Jugemens. Ils doivent faire ſigner ſur leur regiſtre la perſonne qui donnera la main-levée; & lorſqu'ils ne la connoiſſent pas, ils doivent ſe faire certifier qu'elle eſt la même perſonne.

L'oppoſition, quelque mal-fondée qu'elle paroiſſe, doit empêcher le Curé de paſſer à la célébration du mariage, juſqu'à ce qu'il ait été donné main-levée, ou par la partie oppoſante, ou par le Juge.

L'appel interjetté par l'oppoſant de la Sentence qui a donné main-levée, ſuſpend cette main levée, & doit empêcher le Curé à qui il eſt ſignifié, de paſſer outre à la célébration.

Le Curé qui, au mépris de l'oppoſition à lui ſignifiée, auroit paſſé outre à la célébration du mariage, doit, ſuivant le Droit canonique, être puni par l'Official, par une ſuſpenſe de trois ans; *cap. cùm inhibitio ext. de cland. deſponſ.* Il peut auſſi, en ce cas, être pourſuivi devant le Juge ſéculier, pour les dommages & intérêts de la partie oppoſante; mais le mariage n'eſt pas nul, pour cela ſeul qu'il a été célébré au mépris de l'oppoſition, lorſqu'elle n'étoit pas fondée. D'Hericourt, en ſon Traité des Loix Eccléſiaſtiques, *tit. du mariage.*, *n.* 23, en fait une maxime, & il n'y a point de Loi qui en prononce en ce cas la nullité. Néanmoins il y a au cinquieme Tome du Journal des Audiences, un Arrêt du 3 Décembre 1691, qui, ſur l'appel comme d'abus interjetté par un pere, de la célébration du mariage de ſon fils majeur de trente-deux ans, célébré au mépris de ſon oppoſition, a déclaré nul ce mariage, quoiqu'il y en eût pluſieurs enfans. Les moyens propoſés par M. l'Avocat-Général de Lamoignon étoient, qu'il étoit important pour le public de ne pas ſouffrir qu'on paſſe outre à la célébration d'un mariage, au mépris d'une oppoſition; qu'ainſi le mariage devoit être déclaré nul, ſauf aux parties, après l'oppoſition vuidée, à le réitérer: j'aurois de la peine à me rendre à la déciſion de cet Arrêt, & à déclarer nul un mariage, pour avoir été célébré au préjudice de l'oppoſition, lorſqu'il paroît qu'elle n'étoit pas fondée.

83. La partie qui veut avoir main-levée de l'oppoſition faite à ſes bans de mariage, doit aſſigner l'oppoſant devant le Juge qui eſt compétent pour en connoître.

La compétence du Juge dépend de la choſe qui fait l'objet de l'oppoſition.

Lorſque l'oppoſition concerne le lien des fiançailles ou d'un mariage, que la partie oppoſante prétend avoir contracté avec la partie dont on a publié les bans de mariage avec un autre, c'eſt au Juge d'Egliſe à qui la connoiſſance en appartient, & devant qui l'aſſignation doit être donnée, *ſuprà*, *n.* 49.

Si l'oppoſant fournit la preuve qu'il y a effectivement un mariage ſubſiſtant entre lui & la partie dont on a publié les bans avec une autre perſonne, l'Official doit alors, en faiſant droit ſur l'oppoſition, faire défenſes de paſſer outre au mariage.

Lorsque ce ne sont que des fiançailles qui font le sujet de l'opposition, si l'opposant en fait la preuve, l'Official les déclare bonnes & valables, & il exhorte l'autre partie à les accomplir; si elle persiste en son refus, après lui avoir imposé une pénitence, il prononce la dissolution des fiançailles, & en conséquence fait main-levée de l'opposition. Lorsque l'opposition n'est pas trouvée fondée, l'Official en prononce la main-levée; mais il ne peut statuer sur les dommages & intérêts; il y auroit lieu à l'appel comme d'abus, s'il le faisoit.

84. Toutes les autres oppositions qui ne concernent pas le lien, telles que celles qui sont faites par le pere, la mere, ou le tuteur de l'une des parties, sont entiérement de la compétence du Juge séculier: il y auroit lieu à l'appel comme d'abus, si le juge d'Eglise s'ingéroit d'en connoître

# TROISIEME PARTIE.

## *Des personnes qui peuvent contracter mariage ensemble; & des empêchemens de mariage qui se rencontrent dans les personnes*

85. LEs personnes qui peuvent contracter mariage ensemble, sont celles dans lesquelles il n'y a aucun empêchement de le contracter, ou qui en ont obtenu une valable dispense.

Dans nos Colonies, les esclaves, avec la permission de leurs maîtres, peuvent contracter mariage, aussi-bien que les personnes libres: comme ils n'ont pas d'état civil, leurs mariages n'ont, à la vérité, aucuns effets civils; mais ils ont les effets qui naissent du droit naturel; ils forment une union indissoluble, qu'il n'est pas en leur pouvoir, ni au pouvoir de leurs maîtres de rompre. Nous avons à ce sujet, un canon d'un Concile de Châlons, tenu en l'an 817; ce canon qui est le trentieme, condamne l'opinion de ceux qui pensoient que les maîtres pouvoient, à leur gré, rompre le mariage de leurs esclaves; *non attendentes*, dit ce canon, *illud Evangelicum quod Deus conjunxit, homo non separet; undè visum est nobis ut conjugia servorum non dirimantur, etiàm si diversos dominos habeant; sed in uno conjugio permanentes, dominis suis serviant.... & hæc ubi legalis conjunctio fuit, & ex consensu dominorum.*

Nous partageons cette Partie en quatre chapitres: dans le premier, nous rapporterons les divisions générales des empêchemens de mariage qui peuvent se rencontrer dans les personnes. Dans le second, nous parcourrons les différentes especes d'empêchemens dirimansablolus. Dans le troisieme, nous parcourrons les différentes especes d'empêchemens dirimans relatifs. Dans le quatrieme, nous traiterons des dispenses de ces empêchemens.

Nous ne traiterons, dans toute cette partie, que des empêchemens de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

Il y a d'autres empêchemens qui naissent du défaut de quelqu'une des choses qui sont requises pour la validité des mariages; cette matiere sera traitée dans la quatrieme Partie.

# CHAPITRE PREMIER.

*Divisions générales des empêchemens de mariage qui se rencontrent dans les personnes.*

86. LA principale division des empêchemens de mariage, qui peuvent se rencontrer dans les personnes, est en ceux qu'on appelle *dirimans*, & ceux qu'on appelle simplement *prohibitifs*.

Les empêchemens *dirimans* sont ceux qui rendent nul le mariage de la personne en qui ils se rencontrent lorsqu'elle le contracte.

Mais si ces empêchemens ne surviennent en la personne de l'un des conjoints, qu'après son mariage, ils ne peuvent pas dissoudre un mariage valablement contracté comme nous le verrons *infrà*. Nous parcourrons les différentes especes de ces empêchemens dans les deux chapitres suivans.

Les empêchemens simplement prohibitifs, sont ceux qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter *licitement* le mariage, mais qui ne l'empêchent pas de le contracter valablement.

La personne en qui se rencontre cet empêchement, commet un péché en se mariant; mais son mariage est valable.

87. Le vœu simple de chasteté qu'a fait une personne, tant qu'elle n'en a pas obtenu dispense du Supérieur Ecclésiastique, est un empêchement de mariage, qui n'est que prohibitif. Il n'y a que les vœux solemnels de religion, qui forment un empêchement dirimant.

C'est pourquoi, si une personne qui a fait ce vœu simple, contracte mariage, elle peche en le contractant; mais le mariage est valable.

Observez que son vœu de continence subsiste, à l'effet qu'elle ne peut demander le devoir conjugal, ni passer à un autre mariage après la dissolution de celui qu'elle a contracté, sans commettre un nouveau péché. Mais son vœu n'empêche pas qu'elle ne doive rendre le devoir conjugal, lorsqu'elle en est requise: l'engagement qu'elle a contracté envers la personne qu'elle a épousée, à qui elle a donné un pouvoir sur son corps, est, à cet égard, un engagement plus fort que celui de son vœu, auquel celui de son vœu doit céder.

C'est la décision de saint Augustin, dans sa Lettre au Comte Boniface, qui s'étoit marié après avoir fait vœu de continence: *certè*, lui dit-il, *ad illam vitam continentiæ non hortarer; conjux impedimento est, sine cujus consensione vivere non licet.*

88. Le lien qui résulte des fiançailles valablement contractées, forme aussi, tant qu'il subsiste, un empêchement de mariage avec toute autre personne que celle à qui on a donné sa foi, qui n'est que prohibitif.

89. Il y avoit plusieurs autres especes d'empêchemens prohibitifs, qui ne sont plus en usage.

Tant que l'usage de la pénitence publique a subsisté dans l'Eglise, l'état de pénitence publique formoit dans la personne qui y avoit été soumise, un empêche-

ment de mariage, qui n'étoit que prohibitif, & qui duroit tout le temps que devoit durer la pénitence.

Le meurtre de ſon mari ou de ſa femme, & celui d'un Prêtre, formoient auſſi autrefois dans la perſonne du meurtrier, un empêchement prohibitif de mariage.

Le mariage contracté avec une Religieuſe, connue pour telle, formoit auſſi dans la perſonne qui l'avoit contracté, un pareil empêchement.

90. Une autre diviſion des empêchemens de mariage, qui ſe rencontrent dans les perſonnes, eſt en ceux qui ſont *abſolus*, & ceux qui ſont ſeulement *relatifs*.

Les empêchemens abſolus ſont ceux qui empêchent la perſonne en qui ils ſe rencontrent, de contracter aucun mariage, tels que ceux qui réſultent du défaut de raiſon, du défaut de puberté, de la profeſſion religieuſe, & les autres, dont nous traiterons au Chapitre ſuivant.

Les empêchemens relatifs ſont ceux qui n'empêchent pas abſolument la perſonne en qui ils ſe rencontrent, de contracter aucun mariage, mais qui l'empêchent ſeulement de contracter mariage avec certaines perſonnes, tels que ſont ceux qui réſultent de la parenté, de l'affinité, & autres, dont nous traiterons au Chapitre troiſieme.

91. Enfin, une autre diviſion des empêchemens de mariage, qui ſe rencontrent dans les perſonnes, eſt en ceux qui naiſſent de la nature, même du mariage, ceux qui naiſſent de la Loi naturelle & divine, & ceux qui naiſſent des Loix des Princes ſéculiers, ou de la diſcipline Eccléſiaſtique.

Les empêchemens qui naiſſent de la nature, même du mariage, ſont le défaut de raiſon, le défaut de puberté, & l'impuiſſance : le mariage étant un contrat, qui, de même que tous les autres contrats, ne peut ſe former que par le conſentement des parties contractantes, il eſt évident que les perſonnes, qui n'ayant pas l'uſage de la raiſon, ſont incapables de donner un conſentement, ſont par conſéquent incapables de contracter mariage.

Pareillement, le mariage ayant pour fin principale la procréation des enfans, il s'enſuit que le défaut de puberté & l'impuiſſance rendent incapable de mariage.

Les empêchemens qui naiſſent de la Loi naturelle & divine, ſont ceux qui ſont rapportées aux Chapitres 18 & 20 du Lévitique.

Les autres empêchemens naiſſent des Loix des Princes, ou de la diſcipline Eccléſiaſtique.

## CHAPITRE II.

### *Des empêchemens dirimans de mariage qui ſont abſolus.*

LEs empêchemens dirimans de mariage, qui ſe rencontrent dans les perſonnes, & qui ſont abſolus, c'eſt-à-dire, qui empêchent la perſonne en qui ils ſe rencontrent, de contracter aucun mariage, ſont au nombre de ſix; 1°. le défaut de raiſon : 2°. le défaut de puberté : 3°. l'impuiſſance : 4°. un mariage ſub-

ſiſtant : 5°. la profeſſion religieuſe : 6°. l'engagement dans les Ordres ſacrès. Nous traiterons de chacun.

## ARTICLE PREMIER.

### *Du défaut de raiſon.*

92. Il eſt évident que les perſonnes qui ſont entiérement privées de l'uſage de la raiſon, ſoit par folie, ſoit par imbécillité, ſont abſolument incapables de contracter mariage, puiſqu'elles ſont incapables de donner un conſentement qui eſt de l'eſſenſe du mariage, de même que de tous les autres contrats.

Lorſque la folie d'une perſonne a des intervalles lucides, cette perſonne ayant pendant ce temps l'uſage de la raiſon, il n'eſt pas douteux que le mariage qu'elle contracteroit pendant ce temps, ſeroit valable.

Obſervez, que lorſqu'il eſt juſtifié que la folie de la perſonne dont on attaque le mariage, a commencé avant ſon mariage, & continué depuis, c'eſt à la partie qui oppoſe que la folie avoit des intervalles, à juſtifier de ces intervalles lucides.

On ne doit pas regarder comme une folie qui rende incapable de contracter mariage, celle d'une perſonnne dont l'imagination n'eſt bleſſée que ſur un point, & qui, ſur tout le reſte, fait uſage de ſa raiſon, tel qu'étoit cet homme dont parle Horace.

*Fuit haud ignobilis Argis*
*Qui ſe credebat miros audire tragœdos,*
*In vacuo lætus ſeſſor, plauſorque theatro:*
*Cætera qui vitæ ſervabat munia recto*
*More.*

93. Il ne faut pas non plus mettre au rang des perſonnes privées de l'uſage de la raiſon, les ſourds & muets de naiſſance. Ces perſonnes non-ſeulement jouiſſent de leur raiſon, mais elles ſont entendre par des ſignes de leurs penſées, & on leur fait pareillement entendre par des ſignes ce qu'on veut leur faire entendre ; c'eſt-pourquoi, pouvant faire entendre le conſentement qu'elles donneroient à un mariage, elles ne ſont point incapables de le contracter. Innocent III l'a décidé de cette maniere, au chap. *cum apud* 23, *ext. de ſponſ*; & la Cour l'a jugé par un Arrêt du 16 Janvier 1658, rapporté par Soefve.

## ARTICLE II.

### *Du défaut de puberté.*

94. La procréation des enfans étant la fin principale du mariage, c'eſt une conſéquence que ceux qui ne ſont pas *habiles* à la génération, & par conſéquent les impuberes, ne ſont pas habiles au mariage : *Juſtas nuptias contrahunt maſculi qui iem puberes, fœminæ verò viripotentes.* Inſt. *tit. de nupt.*

La Loi a fixé l'âge auquel la puberté eſt préſumée, à celui de quatorze ans accomplis pour les garçons, & de douze ans accomplis pour les filles. *Inſtit. d. tit.*

Une personne avant cet âge est présumé impubere, & le mariage qu'elle contracteroit n'est pas en conséquence valable.

Néanmoins, si la vigueur avoit devancé l'âge en cette personne, & qu'elle eût donné des preuves de puberté; *puta*, si une jeune fille, mariée avant l'âge de douze ans, étoit devenue grosse, le mariage seroit valable; car le défaut de l'âge ne forme un empêchement de mariage, qu'autant qu'il forme une présomption de défaut de puberté; mais dans cette espece, la présomption est détruite par le fait & la preuve que cette jeune personne a donnée de sa puberté.

C'est ce qui a été jugé par un Arrêt, rapporté par Bouguier, à l'égard d'une jeune veuve d'onze ans neuf mois. Les héritiers du mari avoient attaqué de nullité son mariage, comme fait avant l'âge, & lui avoient contesté toutes ses conventions matrimoniales; la jeune veuve ayant prouvé qu'elle étoit grosse, il fut jugé que le mariage étoit valable, & qu'elle devoit en conséquence jouir de son douaire & de ses autres conventions matrimoniales.

M. Bouguier, rapporte qu'on avoit opposé un Arrêt contraire; mais il observe que dans l'espece de l'Arrêt opposé, la veuve n'avoit pas prouvé la consommation de son mariage.

La décision de l'Arrêt rpporté par Bouguier, est conforme à celle du Pape Alexandre III, *cap. de illis 9, ext. de desp. imp.* où dans l'espece d'un mariage contracté entre de jeunes personnes au-dessous de l'âge ordinaire de la puberté, le Pape dit: *Si ita fuerint ætati proximi, quod potuerint copula carnali conjungi, minoris ætatis intuitu separari non debent, quùm in eis ætatem suppleviſſe malitia videtur.*

95. Lorsque depuis l'âge de puberté survenu, les conjoints ont continué de demeurer ensemble comme mari & femme, cette co-habitation rétablit leur mariage; il en résulte un nouveau consentement tacite que les parties donnent à leur mariage dans un temps auquel elles sont devenues capables de le contracter; c'est la décision de la Loi 4, ff, *de rit. nupt. Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, quùm apud virum expleſſet duodecim annos.* C'est aussi la disposition du chap. *atteſtationes* 10, *ext. de desponſ. impub.*: enfin, c'est la doctrine enseignée par nos Auteurs. Fevret, Traité de l'Abus, L 5, *ch.* 1, *n.* 7; Mornac, *ad* L. 4, ff. *de rit. nupt. &c.*

## ARTICLE III.

### *De l'Impuiſſance.*

96. L'impuissance à la génération est aussi, dans la personne en qui elle se rencontre, un empêchement dirimant de mariage, qui la rend incapable de contracter aucun mariage.

Quoique l'union des corps ne soit pas précisément & absolument de l'essence du mariage, & que les conjoints par mariage, puissent, d'un commun consentement, s'en abstenir, néanmoins, comme la procréation des enfans, à laquelle on ne peut parvenir sans cette union des corps, est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable de mariage, avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union des corps.

Si les impuberes ſont regardés comme incapables de contracter mariage, parce qu'ils ne ſont pas habiles à la génération, quoiqu'ils doivent un jour le devenir, à plus forte raiſon les impuiſſans, qui ne peuvent jamais le devenir, en ſont incapables.

97. Pour que l'impuiſſance ſoit un empêchement de mariage dans la perſonne en qui elle ſe rencontre, il n'importe qu'elle ſoit de naiſſance, ou qu'elle lui ſoit ſurvenue depuis. Par exemple, ſi à l'occaſion de quelque maladie, il avoit fallu couper à un perſonne quelqu'une des parties néceſſaires à la génération, cette amputation le rendroit incapable à l'avenir de contracter mariage.

Mais il n'y a qu'une impuiſſance perpétuelle & incurable, telle que celle qui réſulte de la privation de quelqu'une des parties néceſſaires à la génération, qui forme un empêchement de mariage; celle qui n'eſt que paſſagere, & dont on peut eſpérer la guériſon, ne rend pas la perſonne en qui elle ſe rencontre, incapable de mariage.

Quoique la grande vieilleſſe forme ordinairement, ſur-tout dans les femmes, une impuiſſance à la génération; néanmoins, comme il y a quelques exemples, quoique très-rares, de perſonnes qui ont eu des enfans dans un âge très-avancé; cette eſpece d'impuiſſance n'a pas été regardée comme ſuffiſante pour former un empêchement de mariage; c'eſt pourquoi les femmes, auſſi-bien que des hommes, ſont dans la plus grande vieilleſſe, capables de mariage.

98. L'impuiſſance eſt un empêchement drimant de mariage, lorſque celui-ci exiſte au temps auquel le mariage ſe contracte; mais s'il n'eſt ſurvenu que depuis le mariage, il ne le rompt pas; *Voyez ſur la preuve de ce vice ce qui eſt dit* infrà.

## §. IV.

### *De l'empêchement qui réſulte d'un mariage ſubſiſtant.*

99. Un mariage ſubſiſtant, dans lequel une perſonne ſe trouve engagée, eſt dans cette perſonne un empêchement dirimant, qui rend de plein droit nul tout autre mariage qu'elle contracteroit avec une autre perſonne, avant la diſſolution du premier.

Cette eſpece d'empêchement eſt auſſi pris, comme les trois autres, dans la nature du mariage. Le mariage, par ſon inſtitution primitive, a été établi pour être l'union d'un ſeul homme avec une ſeule femme, qui doit être ſi intime, qu'ils ne faſſent tous les deux qu'une même chair: *Erunt duo in carne unâ.* L'homme, par cette union, ſe donne tout entier à ſa femme, comme la femme ſe donne toute entiere à ſon mari. Or ſi l'homme, par le mariage qu'il contracte avec ſa femme, ſe donne tout entier à ſa femme; ſi la femme acquiert par le mariage un droit ſur le corps de ſon mari, l'homme, tant que cette union ſubſiſte, n'eſt plus maître de ſon corps; il ne peut plus en diſpoſer envers une autre femme; & par conſéquent, il ne peut, tant que la premiere union ſubſiſte, contracter mariage avec une autre femme. La polygamie eſt donc contraire à l'inſtitution primitive du mariage, & par conſéquent à l'ordre de Dieu, & au droit naturel.

Telle étoit l'idée qu'avoient de la Polygamie les Peres de l'Egliſe. Nous ci-

terons à cet égard, Tertullien, qui, en faisant remarquer que ce fut Lamech, petit-fils de Caïn au cinquieme degré, qui pratiqua le premier la polygamie, ayant deux femmes à la fois, nous dit qu'il fut maudit de Dieu, ayant en cela violé l'ordre que Dieu avoit établi en instituant le mariage : *Primus Lamech à Deo maledictus, duabus maritatus* CONTRA DEI PRÆCEPTUM, *tres in unam carnem effecit.* Tertull. *de exhort. cast.* cap. 5.

L'idée de l'institution primitive du mariage, pour être l'union d'un seul homme, & d'une seul femme, s'étoit conservée trés-long-temps, même dans le paganisme. Les Romains avoient en horreur la polygamie, & un bigame encouroit de plein droit l'infamie par l'Edit du Préteur ; L. 1, ff. *de his qui not. infam.*

Les Germains n'avoient aussi qu'une seule femme. *Tacit. de mor. German.*

100. Observez qu'il n'est pas néanmoins de l'essence absolue du mariage, qu'il soit l'union d'une homme avec une seule femme ; cela est seulement de l'institution du mariage. Dieu ayant institué le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, il n'est pas permis à un homme de s'écarter de cet ordre que Dieu a établi, ni à aucune autorité humaine de l'en dispenser ; mais Dieu qui a établi le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, étoit le maître de l'établir autrement ; il étoit le maître d'établir le mariage sans qu'il dût être nécessairement l'union d'un homme avec une seule femme, & de permettre aux hommes d'en avoir plusieurs ensemble : il est vrai que Dieu ayant destiné le mariage pour être le type & la figure de l'union de son Fils avec son Eglise, son unique épouse, il étoit nécessaire que le mariage fût l'union d'un homme avec une seule femme ; mais Dieu étoit le maître de ne pas faire servir le mariage à ce type & à cette figure. De même donc que Dieu eût pu, s'il eût voulu, établir dès le commencement le mariage, sans qu'il dût être l'union d'un homme avec une seule femme, & permettre à tous les hommes d'avoir plusieurs femmes en même-temps ; de même il a pu par la suite permettre, pour des raisons particulieres, à certains particuliers, & même à un peuple entier, d'avoir plusieurs femmes : c'est ce qu'il a fait effectivement à l'égard d'Abraham, de Jacob, de David, & de tout le peuple Juif. Dieu, qui avoit promis à ces saints Patriarches de multiplier leur race comme le sable de la mer, leur a permis d'avoir plusieurs femmes à la fois. Abraham a eu en même-temps avec sa femme Sara, Agar sa servante, pour sa femme du second ordre ; le Patriarche Jacob a eu en même-temps pour femme Lia & Rachel, & pour femmes du second ordre, Bala & Zelpha.

Il ne peut être douteux que ces saints Patriarches, qui se conduisoient par les inspirations dont Dieu les favorisoit, n'aient contracté ces mariages avec plusieurs femmes en même-temps, avec la permission & l'approbation de Dieu.

Le Prophete Nathan reproche à David entre les bienfaits qu'il avoit reçus de Dieu, que c'étoit Dieu qui lui avoit donné, après la mort de Saül, toute la maison de Saül & les femmes de Saül pour les avoir pour ses femmes : *Dedi tibi domum domini tui ; & uxores domini tui in sinu tuo.* Reg. 11, 12, 8. Puisque c'étoit Dieu qui avoit donné à David les femmes de Saül, pour les avoir pour ses femmes, c'étoit donc par l'ordre de Dieu, & avec l'approbation de Dieu, qu'il les avoit en même-temps pour ses femmes.

Enfin nous voyons, par ce qui est rapporté de la Loi du Deutéronome, *ch.* 21,

*ch.* 21, *v.* 15, 16 & 17, que la Loi supposoit qu'il étoit permis aux Israélites d'avoir plusieurs femmes en même temps. Il y est dit : *Si habuerit homo uxores duas, unam dilectam & alteram odiosam, genuerintque ex eo liberos, & fuerit filius odiosæ primogenitus volueritque substantiam suam inter filios suos dividere, non poterit filium dilectæ facere primogenitum & præferre filio odiosæ, &c.*

Il est dit aux Paralip. 11, 24, 3, que le Grand-Prêtre Joïada fit épouser deux femmes à Joas : *accepit ei Joïada uxores duas* ; ce que n'eût pas fait ce Pontife, si rempli de l'esprit de Dieu, si la polygamie n'eût pas été alors permise aux Juifs.

101. Tout ce qui vient d'être dit, peut servir à concilier ceux qui soutiennent que la polygamie est contraire au droit naturel, & ceux qui prétendent qu'elle n'y est pas contraire. En considérant dans le mariage son institution primitive, & en prenant pour droit naturel l'ordre que Dieu, auteur de la nature, a établi en instituant le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, on peut dire que la polygamie est contraire au droit naturel ; mais en considérant le mariage seulement en tant que mariage, & indépendamment de son institution primitive, & en ne prenant pour droit naturel que ces loix invariables du droit naturel, dont il n'est pas possible que la Sagesse divine s'écarte jamais, & que saint Thomas appelle *prima præcepta*, on peut dire que la polygamie n'est pas contraire au droit naturel, puisque Dieu, dans un temps, l'a permise, comme nous l'avons vu.

102. Nous ne parlons que de l'espece de polygamie par laquelle un homme auroit en même-temps plusieurs femmes. L'autre espece de polygamie, qu'on appelle *polyandrie*, a toujours été condamnée, & est évidemment contraire au droit naturel ; 1°. *Propter perturbationem sanguinis*, si une femme avoit plusieurs maris, on ne pourroit pas sçavoir quel seroit le pere des enfans que cette femme mettroit au monde : 2°. il est de l'essence du mariage que la femme soit assujettie à son mari ; qu'elle lui obéisse ; qu'elle le suive où il voudra demeurer : mais si une femme avoit en même-temps deux maris, elle ne pourroit obéir à l'un & à l'autre quand ils lui commanderoient deux choses opposées, elle ne pourroit les suivre l'un & l'autre, quand ils voudroient demeurer en différens lieux : la polyandrie est donc contraire à la nature du mariage, & au droit naturel.

103. A l'égard de la polygamie par laquelle un homme a plusieurs femmes en même-temps, quoique Dieu l'ait permise dans certains temps, il est indubitable que depuis la promulgation de l'Evangile, elle est défendue. Jesus-Christ par la Loi évangélique, a rappellé le mariage à son institution primitive ; il a voulu que le mari & la femme fussent *duo in carne unâ.*

Cette Loi ayant élevé le mariage des Chrétiens à la dignité de Sacrement, & à être le type & la figure de l'union de Jesus-Christ avec son Eglise ; *Sacramentum magnum in Christo & in Ecclesiâ.* Paul, *ad Ephes.* 5, 32 ; l'Eglise étant Une, & l'unique Epouse de Jesus-Christ, le mariage des Chrétiens, qui est la figure de cette union, doit être l'union d'un seul homme avec une seule femme.

Jesus-Christ s'étant donné à son Eglise tout entier & sans partage, un mari doit pareillement se donner tout entier à sa femme & sans partage ; & c'est un adultere, lorsque du vivant de sa femme, il en épouse une autre ; *Omnis qui dimittit uxorem suam, & alteram ducit, mœchatur ;* Luc XVI, 18. Il en est de même lorsque, sans renvoyer sa femme, il en épouse une autre ; car

quoiqu'il commette un grand péché en renvoyant sa femme , ce n'est pas cela qui le rend adultere , mais c'est parce qu'il s'unit avec une autre femme, du vivant de celle qui demeure toujours sa femme , quoiqu'il l'ait renvoyée.

C'est donc avec raison que le Concile de Trente , *sess.* 24 , *can.* 2 , a frappé d'anatheme ceux qui diroient qu'il est permis aux Chrétiens d'avoir plusieurs femmes.

Le mariage , tant qu'il n'est pas dissous par la mort de l'une des parties, est donc un empechement dirimant qui empêche le mari de pouvoir contracter valablement mariage avec une autre femme , & la femme de pouvoir se marier valablement avec un autre homme.

104. Cette décision a lieu , quand même le mariage contracté avant la dissolution du premier , auroit été contracté de bonne foi , par l'une des parties qui avoit un juste sujet de croire que l'autre partie étoit morte.

Si par la suite l'erreur vient à se découvrir , le second mariage contracté , quoique de bonne foi , avant la dissolution du premier , sera déclaré nul.

On peut apporter pour exemple , le cas auquel la femme d'un soldat , sur des certificats en bonne forme , qui attestoient que son mari avoit été tué à une certaine bataille , auroit contracté mariage avec une autre personne ; si son mari , qu'on croyoit par erreur avoir été tué à cette bataille , vient à reparoître & à se faire reconnoître , le second mariage que cette femme a contracté , quoique de bonne foi , avec une autre personne , doit être déclaré nul.

Cela a lieu , quelque long temps qu'il y eût que ce premier mari eût disparu , & que le second mariage eût été contracté ; car le premier mariage n'ayant pu être dissous que par la mort de l'une des parties , il n'a pas cessé d'etre un empêchement insurmontable à la validité du second.

Le fameux Jean Maillard ne s'étoit représenté qu'après quarante années d'absence : sa femme ne le reconnoissoit plus , ou feignoit de ne le plus reconnoître ; le mariage qu'elle avoit contracté pendant son absence , sur la foi d'un certificat de mort , ne laissa pas d'être déclaré nul ; *Voyez l'Arrêt du 4 Août 1674 , au troisieme tome du Journal des Audiences.*

Tout l'effet de la bonne foi avec laquelle les parties ont contracté le second mariage , est que , quoiqu'il soit nul , les enfans qui en sont nés , ne sont point réputés bâtards , & qu'en considération de cette bonne foi , ils ont dans les successions de leurs pere & mere , les mêmes droits qu'ont des enfans nés d'un légitime mariage , comme nous le verrons ailleurs.

Quoique le premier mari n'ait pas paru sur les lieux , néanmoins si sa femme & son second mari ont , depuis le second mariage , eu des avis de l'erreur du certificat de mort du premier mari , sur lequel le second mariage a été contracté , & que des personnes dignes de foi attestent que le premier mari qu'on avoit cru tué , a depuis été vu dans quelqu'endroit , les parties duement averties de l'erreur du certificat , sont dans le for de la conscience obligées de se séparer.

105. Une personne qui a contracté un premier mariage , ne pouvant pas en contracter valablement un second , tant que le premier n'est pas dissous par

la mort de la perſonne qu'elle avoit épouſée en premier lieu, c'eſt une conſéquence que tant qu'elle n'eſt pas aſſurée de ſa mort, elle ne peut paſſer à un ſecond mariage; car autrement, elle ſe mettroit dans le riſque de commettre un adultere par ce ſecond mariage, dans le cas auquel le premier mariage ſubſiſteroit; & par le riſque auquel elle s'expoſeroit volontairement, elle ſe rendroit devant Dieu, coupable d'adultere : c'eſt pourquoi ſaint Baſile dans ſon Epître canonique à Amphiloque, *can.* 31, dit : *Quæ, cùm vir ſeceſſit & non apparet, antequam de ejus morte certior facta ſit, cùm alio cohabitavit, mœchatur.*

Il eſt vrai que ſuivant la diſpoſition de la Loi Romaine, lorſque l'un des conjoints avoit été emmené en captivité, & qu'il s'étoit écoulé le temps de cinq ans ſans qu'on eût eu de ſes nouvelles, il étoit préſumé mort, & il étoit permis à l'autre conjoint de ſe marier à un autre; *L.* 6, ff. *de divort.* Mais l'Egliſe n'a jamais permis aux fideles d'uſer de cette permiſſion que la loi ſéculiere accordoit; & Juſtinien l'a abrogée par ſa Novelle 117, *cap.* 11.

106. De même qu'il n'eſt pas permis dans le for de la conſcience à une perſonne qui a contracté un premier mariage, de paſſer à un ſecond avec un autre avant qu'elle ſoit aſſurée de la mort de la perſonne avec qui elle a contracté le premier mariage; de même il n'eſt pas permis à un Prêtre, dans le for extérieur, de marier une perſonne qui l'a déja été, ſans ſe faire repréſenter un extrait mortuaire de la perſonne à qui elle étoit mariée, ou des certificats équipollens de la mort de cette perſonne.

Cela a lieu quelque long-temps qu'il y eût que cette perſonne fût abſente, & quelques recherches qu'on eût faites ſans avoir pu avoir de ſes nouvelles, y eût-il plus de trente ou quarante ans. C'eſt ce que nous apprenons de la Décrétale de Clément III, qui eſt au Chap. 19, *ext. de ſponſal.* Ce Pape étant conſulté *de mulieribus quæ viros ſuos captivitatis vel peregrinationis causâ abſentes ultrà ſeptennium fuerint præſtolatæ, nec certificari poſſunt de vitâ aut morte ipſorum, licèt ſuper hoc ſollicitudinem adhibuerint diligentem, & pro juvenili ætate, ſeu fragilitate carnis humanæ, nequeunt continere, petentes aliis copulari, reſpondit, quod quantocumque annorum ſpatio ita remaneant, non poſſunt ad aliorum conſortium canonicè convolare, nec autoritate Eccleſiæ permittas contrahere, donec certum nuntium recipiant de morte virorum.*

Les actes qui font foi de la mort du premier mari, à l'effet que le Curé puiſſe marier la veuve ſans ſe compromettre, ſont, 1°. un extrait du regiſtre des ſépultures de la Paroiſſe, ou de l'Hôpital où il eſt décédé, délivré par le Curé ou par le Prêtre à ce prépoſé, & légaliſé par le Juge.

2°. A défaut de cet acte, lorſque le regiſtre a été perdu, ou lorſque par la négligence du Curé, l'acte de ſépulture n'y a pas été porté, on peut y ſuppléer par un acte par lequel des perſonnes dignes de foi ont atteſté devant le Juge quelque fait juſtificatif de la mort de ce premier mari; *putà*, qu'elles ont aſſiſté dans un tel lieu à ſon enterrement : cet acte expédié en bonne forme par le Greffier de la Juſtice, équipolle à un extrait mortuaire.

Il faut que le fait ſoit atteſté au moins par deux témoins. Si dans des affaires pécuniaires, le témoignage d'un ſeul témoin n'eſt pas ſuffiſant pour faire une preuve légitime, *etiamſi præclarè curiæ honore præfulgeat;* L. 9, *Cod. de*

*teſt*, à plus forte raiſon, il ne doit pas l'être dans une matiere de cette importance.

Sanchez penſe qu'on peut s'en contenter en un cas ; ſçavoir, lorſque le premier mari a paſſé dans un pays très-éloigné, d'où il eſt extrêmement difficile d'avoir des nouvelles. J'aurois de la peine à admettre cette exception à la regle.

3°. Le certificat du Major ou du Commandant d'un régiment, qui atteſte qu'un homme de ſon régiment a été trouvé parmi les morts à une telle action, eſt un valable certificat de mort.

4°. Le laps d'un temps de cent années & plus, qui s'eſt écoulé depuis la naiſſance d'une perſonne, forme une préſomption du droit de ſa mort, ſuivant les Loix, qui diſent que *is finis vitæ longiſſimus eſt* ; L. 8, ff. *de uſufr. leg. & alibi.*

107. Ce que nous avons dit juſqu'à préſent, qu'un premier mariage, dans lequel une perſonne ſe trouve engagée, eſt un empêchement dirimant pour un ſecond qu'elle contracteroit pendant que le premier ſubſiſte, n'a lieu que lorſque le premier eſt valable. S'il étoit nul, ce qui eſt nul ne pouvant produire aucun effet, *quod nullum eſt, nullum producit effectum*, il ne peut pas former un empêchement dirimant pour un autre mariage. Néanmoins celui qui a contracté un mariage, quoique nul, ne doit pas être admis à en contracter un autre, avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier, ne devant pas s'en rendre lui-même le juge ; mais ſi dans le fait il en a contracté un autre, celui qu'il a contracté avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier, ne laiſſera pas d'être jugé valable, ſi on établit par la ſuite la nullité du premier : c'eſt ce qui a jugé par Arrêt du 28 Juillet 1691, ſur les concluſions de M. de Lamoignon, lequel eſt rapporté au cinquieme Tome du Journal.

## ARTICLE V.

### *De l'empêchement que forment les vœux ſolemnels.*

108. Les vœux ſolemnels de Religion, forment dans le Religieux profès un empêchement dirimant de mariage qui le rend abſolument incapable de contracter aucun mariage. Cet empêchement dirimant eſt de diſcipline eccléſiaſtique ; & il n'a pas toujours été dirimant.

Il eſt vrai que le mariage a toujours été défendu dans l'Egliſe aux perſonnes conſacrées à Dieu par des vœux ; mais cette défenſe ne formoit qu'un empêchement purement prohibitif ; ni la puiſſance ſéculiere, ni l'Egliſe, pendant pluſieurs ſiecles, n'en avoient fait un empêchement dirimant.

A l'égard de la puiſſance ſéculiere, nous trouvons bien dans le Code une loi de l'Empereur Jovien, qui porte la peine de mort contre ceux qui emploient la ſéduction pour épouſer des Vierges conſacrées à Dieu ; *Si quis, non dicam rapere, ſed attentare tantùm jungendi causâ matrimonii ſacratiſſimas Virgines auſus fuerit, capitali pœnâ feriatur* ; L. 5, *cod. de Epiſc. & Cler.* mais nous ne trouvons aucune loi qui déclare nul les mariages contractés librement par ces perſonnes.

A l'égard de la discipline ecclésiastique, le Pape Innocent I, qui occupoit le Saint Siege au commencement du cinquieme siecle, regardoit comme valable le mariage qu'avoient contracté des vierges consacrées à Dieu; puisqu'ayant été consulté par Victrice, Evêque de Rouen, il lui répond qu'on ne doit les soumettre à la pénitence publique, qu'après la mort de leurs maris; *Quæ Christo spiritualiter nubserunt, velari à Sacerdote meruerunt, si postea vel publicè nupserint, vel se clanculò corruperint, non eas admittendas esse ad pœnitentiam agendam, nisi is cui se junxerant, decesserit.* Il ne pouvoit y avoir d'autre raison de cette décision, qu'afin de ne les pas soustraire à leurs maris; donc ce Pape regardoit leur mariage comme valable.

Saint Augustin, en son livre *de bono viduitatis, cap.* 10, dit aussi en termes formels, que le mariage de ces personnes est valable; il réfute en cet endroit quelques personnes, qui par un zèle peu éclairé, avoient dit que ces mariages étoient des adulteres plutôt que des mariages: *Qui dicunt*, dit ce Prêtre, *talium nuptias non esse nuptias, sed adulteria, non videntur diligenter considerare quid dicant.... fit per hanc opinionem non parvum malum ut à maritis separentur uxores, & cùm volunt eas separatas reddere continentiæ, faciunt maritos earum adulteros, cùm uxoribus vivis alteras duxerint. Quapropter non possum dicere tales fœminas, si nupserint, adulteria esse non conjugia, sed non dubitaverim dicere hos lapsus à castitate quæ vovetur Deo, adulteriis esse pejores.*

Depuis, le Concile de Chalcédoine, tenu en 451, a bien déclaré qu'il n'étoit pas permis aux personnes consacrées à Dieu par le vœu de Religion, de contracter mariage; mais il ne déclare pas nul le mariage de ces personnes; il prononce seulement contr'elles la peine de l'excommunication: *Si quæ virgo se dedicavit Deo, similiter monachus, non licet eis nuptiis jungi: si verò inventi fuerint hoc facientes, maneant excommunicati; statuimus verò eis posse fieri humanitatem, si ita probaverit Episcopus loci.* Conc. Chalced. can. 16.

Saint Léon, qui présida à ce Concile par ses Légats, consulté par Rustique, Evêque de Narbonne, sur plusieurs points, répond ainsi à l'article 14 de sa consultation: *Propositum monachi proprio arbitrio susceptum deseri non potest absque peccato, quod enim quis vovit Deo, debet & reddere; unde qui relictâ singularitatis professione, ad militiam vel ad nuptias devolutus est, publicæ pœnitentiæ satisfactione purgandus est, quia etsi innocens militia & honestum potest esse conjugium, electionem meliorum deseruisse transgressio est.*

Cette lettre est la seconde des lettres de ce Pape, dans l'édition du Pere Quesnel, & la quatre-vingt-douzieme dans d'autres éditions. Le Pape ne dit pas que le mariage du Moine est nul, mais seulement qu'il doit être soumis à la pénitence.

109. L'Auteur des Conférences de Paris prétend que les vœux de Religion ont commencé dès le sixieme siecle, au temps de Saint Grégoire, à devenir un empêchement dirimant de mariage; il se fonde en premier lieu sur un lettre de ce Pape, qui est la neuvieme du septieme livre de ses lettres, par laquelle il ordonna à Vitalien, Evêque de Seponte dans la Pouille, de faire arrêter, par le Défenseur de l'Eglise, une Religieuse de son Diocese, qui avoit quitté l'habit de Religion pour reprendre l'habit du siecle, & de la faire enfermer dans un Monastere où elle fût soigneusement

gardée. Cette lettre n'a aucun rapport à la queſtion, n'étant pas dit dans cette lettre, ni dans la ſuivante, écrite au Défenſeur ſur le même ſujet, que cette Religieuſe ſe fût mariée.

La Profeſſion Religieuſe étoit-elle, au moins dans le ſeptieme ſiecle, un empêchement dirimant de mariage? Cet Auteur, pour prouver qu'elle étoit dès ce temps regardée en Eſpagne comme empêchement dirimant, cite le canon 52 du quatrieme Concile de Tolede, tenu en 633, où il eſt dit, *Nonnulli Monachorum egredientes à Monaſterio, non ſolùm ad ſæculum revertuntur, ſed etiam uxores accipiunt; hi revocati in eodem Monaſterio à quo exierunt, pœnitentiæ deputentur.* Ce canon ne prononce point la nullité de leur mariage; il dit ſeulement qu'ayant griévement péché & cauſé un ſcandale en le contractant, (ce dont on eſt toujours convenu,) ils doivent être ſoumis à la pénitence dans le Monaſtere d'où ils ſont ſortis; mais il ne dit pas qu'ils ne puiſſent être rendus à leur femme après le temps de la pénitence paſſé.

Ce qu'il y a de certain ſur la diſcipline du ſeptieme ſiecle à cet égard, c'eſt que vers la fin de ce ſiecle, les vœux n'étoient pas encore regardés en Angleterre comme un empêchement dirimant de mariage; c'eſt ce que nous apprenons du Pénitentiel de Théodore de Cantorbery, qui eſt de ce temps. Il y eſt dit en l'article 18 : *Si quis maritus, votum Domino habet virginitatis, adjungatur uxori,* NON DIMITTAT UXOREM, *ſed pœniteat tribus annis.*

Il eſt vrai que Gratien, pour accommoder ce canon à la diſcipline de ſon ſiecle, a ajouté avant *votum* le mot *ſimplex*; mais les Correcteurs Romains nous atteſtent que ce mot *ſimplex* ne ſe trouve dans aucun des anciens manuſcrits de ce Pénitentiel. C'eſt donc de tous les vœux indiſtinctement qu'il eſt dit, par cet article, que l'homme qui, au mépris de ſon vœu, a contracté mariage, ne doit pas quitter ſa femme, & que le vœu ne rend pas nul ſon mariage.

Nous trouvons dans le huitieme ſiecle un monument qui prouve que la Profeſſion religieuſe n'étoit pas encore un empêchement dirimant de mariage.

C'eſt dans une réponſe faite l'an 754, par le Pape Etienne II (1), qui étoit alors en France, ſur pluſieurs points ſur leſquels il avoit été conſulté: le Pape répond ainſi, art. 7, *De Monachis & Nonnis de Monaſterio fugientibus in Calcedonenſi*, cap. 16, *ita continetur: Virginem quæ ſe Deo conſecraverit ſimiliter & Monachum non licere nuptialia jura contrahere, quod ſi hoc inventi fuerint perpetrantes, excommunicentur; confitentibus autem decrevimus ut habeat auctoritatem Epiſcopus humanitatem miſericordiamque largiri.* Il eſt évident que le Pape ne regardoit pas ces mariages comme nuls, puiſqu'il veut qu'on s'en tienne à cet égard, à ce qui avoit été ordonné par le Concile de Chalcedone, qui (comme tout le monde en convient) n'avoit pas déclaré nuls ces mariages.

110. C'eſt vers le dixieme ſiecle qu'on commença à regarder, au moins dans quelques Provinces, le vœu de Religion comme un empêchement di-

(1) Ou III; car entre le Pape Zacharie & celui-ci, il y avoit eu un autre Etienne qui n'avoit ſurvécu que quatre jours à ſon élection.

rimant de mariage. Le Concile de Troiſli, *Troſleianum*, tenu l'an 909, *apud Troſleium in pago Sueſſonico*, ſous le Roi Charles le-Simple, eſt formel : il eſt dit au Capitule 8 ; *Interdicimus ut nullus Deo devotam Virginem, nullus ſub religionis habitu conſiſtentem, ſive viduitatis continentiam profeſſam .... illicito connubio aut vi, aut conſenſu accipiat conjugem, quia nec verum poterit eſſe conjugium, quod à meliori propoſito ad deterius, & ſub falſo nomine culpâ inceſtuoſâ pollutione & fornicationis immunditiâ perpetratur.* Le Concile ne pouvoit pas dire en termes plus formels, que le vœu de Religion doit être réputé un empêchement dirimant, qu'en diſant que le mariage contracté par une Religieuſe, n'eſt pas un vrai mariage, *nec verum poterit eſſe conjugium*, & que ce crime, ſous un faux nom ( de mariage ), eſt une union inceſtueuſe & une fornication, *& ſub falſo nomine culpâ, inceſtuoſâ pollutione & fornicationis immunditiâ perpetratur.*

Le Concile de Tribur en Franconie, tenu quelque temps auparavant l'an 895, eſt auſſi cité pour prouver que la Profeſſion religieuſe étoit en ce temps regardée comme empêchement dirimant. Il y eſt dit, *cap.* 28, *Si quis ſacro velamine conſecratam in conjugium duxerit .... præcipimus ut omninò ſeparentur, ut juramento colligentur ulterius, ſub uno non cohabitent tecto, nec familiari frui colloquio, &c.*

Ce canon ne fournit pas une preuve ſuffiſante : il ne déclare pas nul le mariage; il ordonne une ſéparation; ce qui peut s'entendre d'une ſimple ſéparation d'habitation.

Dans le douzieme ſiecle, le premier Concile de Latran, tenu l'an 1123, ſous Calixte II, *can.* 21, dit : *Presbyteris, Diaconibus, Subdiaconibus & Monachis concubinas habere, ſeu matrimonia contrahere interdicimus, contracta quoque matrimonia ab ejuſmodi perſonis disjungi, & perſonas ad pœnitentiam debere redigi juxtà ſacrorum canonum definitionem, judicamus.*

Il eſt difficile de ne pas entendre ces termes *contracta matrimonia disjungi*, de la nullité de ces mariages, & de les entendre d'une ſimple ſéparation d'habitation.

111. Enfin, le ſecond Concile de Latran, tenu l'an 1139, ſous le Pape Innocent II, leve toute difficulté, & a établi pour regle générale de diſcipline, que le vœu de Religion devoit être un empêchement dirimant de mariage. Il eſt dit au canon 7e. *Statuimus quatenùs Epiſcopi ..... regulares Canonici, & Monachi, atque Converſi, Profeſſi qui ſanctum transgredientes propoſitum, uxores ſibi copulare præſumpſerunt, ſeparentur ; hujuſmodi namque copulationem quam contra eccleſiaſticam regulam conſtat eſſe contractam, MATRIMONIUM NON ESSE CENSEMUS* ; & au canon ſuivant il eſt dit, *Id ipſum quoque de ſanctimonialibus fœminis, ſi, quod abſit, nubere attentaverint, obſervari decernimus.*

Depuis, cette diſcipline a toujours été obſervée dans l'Egliſe, & elle a été confirmée par le Concile de Trente, qui dit : *Si quis dixerit regulares caſtitatem ſolemniter profeſſos poſſe matrimonium contrahere, contractumque validum eſſe .... anathema ſit* ; ſeſſ. 24, *can.* 9.

Ce droit eſt obſervé dans les Tribunaux ſéculiers. Nous trouvons dans le Recueil de Bardet, *liv.* 3, *chap.* 115, un Arrêt du 17 Juillet 1630, qui déclare nul le mariage de Gilberte d'Anglot, ſur les concluſions de M. Talon,

qui les fondoit sur ce que ladite d'Anglot ayant fait Profession religieuse ; quoiqu'elle eût depuis embrassé le Calvinisme, étoit incapable de mariage.

112. Observez qu'il n'y a que le vœu solemnel de Religion, qui se fait en prenant l'habit de Religion, & en faisant profession dans un Ordre religieux, qui soit un empêchement dirimant de mariage; tout autre vœu de continence qu'auroit fait une personne, n'est qu'un empêchement prohibitif; c'est ce que décide le Pape Alexandre III ; *Si nec habitum susceperit nec professionem, sed solummodò votum fecit... non est cogendus matrimoniale votum rescindere* ; cap. 3, *ext. Qui voventes*, &c.

Le même Pape décide la même chose au chapitre suivant, à l'égard d'une femme qui avoit fait vœu de chasteté, en recevant d'un Prêtre le voile de Religieuse, sans entrer dans le cloître, ni quitter ses biens, & qui s'étoit depuis mariée.

Le Pape Célestin III, au chapitre sixieme, *d. tit.* dit pareillement : *Quod votum simplex impedit matrimonium contrahendum* ( *id est sponsalia de futuro matrimonio contrahendo* ) *non dirimit jam contractum.*

Boniface VIII, consulté sur la question, quel est le vœu qu'on doit appeller solemnel, & qui forme un empêchement dirimant de mariage : *Quod votum debeat dici solemne ac ad dirimendum matrimonium efficax ?* répond qu'il n'y a que celui qui se fait par la réception des Ordres sacrés, ou par la Profession de Religion dans un Ordre approuvé du Saint Siege : *Illud solum votum debere dici solemne, quantùm ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnisatum fuerit per susceptionem sacri Ordinis, aut per Professionem expressam, aut tacitam factam alicui de religionibus per Sedem Apostolicam approbatis* ; *Cap. un. de vot. & vot. redempt. in 6°.*

113. Ce qui est dit dans cette Décrétale de la Profession tacite, n'a pas lieu : nous ne reconnoissons point de Profession tacite; nous ne reconnoissons d'autre profession que la profession expresse, laquelle doit être faite publiquement, & dont il doit être dressé un acte inscrit sur un registre du Monastere, destiné à écrire tous les actes de Vêtures & de Profession, & qui doit être signé de la personne qui a fait Profession, du Supérieur ou de la Supérieure qui l'y a reçue, & de deux témoins. Ce n'est que par une expédition de cet acte, qu'on peut prouver la Profession religieuse d'une personne, & attaquer son mariage sur le fondement de cette Profession. Si néanmoins il étoit prouvé que les registres ont été perdus par quelque accident, on pourroit admettre la preuve testimoniale.

Il n'y a que les vœux faits dans un Ordre religieux, approuvé par les loix du Royaume comme Ordre religieux, qui soient regardés comme vœux solemnels de religion, capables de former un empêchement dirimant de mariage. Il n'en est pas de même de ceux qu'on fait dans quelques Congrégations & Maisons établies par Lettres-Patentes en bonne forme, mais seulement comme Communautés Ecclésiastiques, & non comme Ordre religieux. Telles sont les Congrégations & Maisons des Lazaristes & de la Doctrine-Chrétienne ; les vœux qu'on y fait, ne sont regardés que comme vœux simples, & non comme vœux solemnels & vœux de religion ; & en conséquence, ils ne sont point un empêchement dirimant de mariage.

Il en est de même de ceux qu'on fait dans quelques Communautés de femmes,

mes, qui, quoiqu'elles aient un établiſſement légal, ne ſont pas néanmoins établies comme Religieuſes.

114. Enfin, pour que les vœux ſolemnels de Religion ſoient un empêchement dirimant de mariage, il faut qu'ils aient été valablement faits : pour cela, outre qu'ils doivent être faits dans un Ordre religieux approuvé, il faut encore que quatre choſes concourent ; 1°. qu'ils aient été faits *publiquement*, & qu'il en ait été dreſſé un acte, comme nous l'avons dit ; 2°. qu'ils aient été faits *librement* ; toute eſpece de contrainte qui auroit été employée pour obliger la perſonne qui les a faits, à les faire, les rend nuls ; 3°. comme l'exige l'Ordonnance de Blois, *art.* 28, *qu'ils aient été précédés d'une année entiere de probation dans le Monaſtere depuis la vêture* : 4°. enfin, ſuivant ledit article, *que la perſonne qui fait Profeſſion, ait l'âge de ſeize ans accomplis.* A défaut de quelqu'une de ces conditions, la perſonne qui a fait profeſſion, peut, dans les cinq ans, réclamer contre ſes vœux, & ſe pourvoir pour cet effet, ou par la voie ordinaire devant l'Official, ou par la voie de l'appel comme d'abus au Parlement. S'il réuſſit, & que ſes vœux ſoient déclarés nuls, ou par un Jugement de l'Official, ou par un Arrêt de la Cour ſur un appel comme d'abus, ils ne pourront plus former un empêchement dirimant de mariage ; *Nam quod nullum eſt, nullum producit effectum* ; & il aura par conſéquent la liberté de ſe marier.

Lorſque le Profès a laiſſé paſſer les cinq ans ſans réclamer contre ſes vœux, il y eſt par la ſuite non-recevable : il eſt cenſé les avoir ratifiés par ſon ſilence, & en avoir purgé le vice : ils ſont en conſéquence réputés valables, & ſont un empêchement dirimant de mariage.

## ARTICLE VI.

### *De l'empêchement qui réſulte des Ordres ſacrés.*

115. Les Ordres ſacrés, qui ſont la Prêtriſe, ( & à plus forte raiſon l'Epiſcopat ), le Diaconat & le ſous-Diaconat, forment un empêchement abſolu qui empêche les perſonnes qui y ſont engagées, de pouvoir valablement contracter mariage depuis leur ordination.

L'empêchement de mariage que forment les Ordres ſacrés, n'a pas toujours été un empêchement dirimant ; cet empêchement, pendant bien des ſiécles, n'a été que prohibitif.

La premiere Loi qui a ordonné que les Ordres ſacrés fuſſent un empêchement dirimant de mariage, eſt la Conſtitution de Juſtinien, qui eſt en la Loi 45 ; *Cod. de Epiſc. & Cleric.* Avant cette Loi, les perſonnes engagées dans les Ordres ſacrés, qui contractoient mariage depuis leur ordination, n'encouroient que la peine de la dépoſition de leur Ordre ; leur mariage étoit valable. Juſtinien, par cette Loi, veut, qu'outre la peine de la dépoſition, leur mariage ſoit nul, de même que tous ceux qui ſont défendus par les Loix civiles, & que les enfans nés de ce commerce, ſoient regardés comme bâtards ; *Quoniam pœna facinoris hujus in ſola erat Sacerdotii amiſſione, ſacros autem canones non minùs quàm leges valere etiàm noſtræ volunt leges, ſancimus obtinere*

*in illis quæ sacris canonibus perindè ac si civilibus inscriptum esset legibus . . . & præter supradictam excidendi à ministerio pœnam, ne legitimos quidem & proprios esse eos, qui ex hujusmodi inordinatâ constupratione nascuntur, aut nati sunt.*

Denis Godefroi, en une de ses notes sur cette loi, pense que Justinien a abrogé par la suite la peine de nullité de ces mariages; car, par ses nouvelles Constitutions, il se borne à prononcer contre les personnes engagées dans les Ordres sacrés, qui se marient depuis leur ordination, la peine de déposition de leur Ordre : *Si aliquis Presbyter aut Diaconus aut Subdiaconus postea ducat uxorem aut concubinam, aut palàm aut occultè, statim suo cadat ordine*; *nov. 6, cap.* 5. La même chose se trouve, *nov.* 22, *cap.* 42.

Dans les Provinces d'Occident, qui étoient déja détachées de l'Empire au temps de Justinien, & où on ne connoissoit que le Code Théodosien, nous ne voyons, avant le douzieme siecle, ni loi, ni canon qui ait prononcé la peine de nullité des mariages contractés par les personnes engagées dans les Ordres sacrés depuis leur ordination.

Au contraire, le Concile de Paris, tenu dans le IX^e. siecle, l'an 829, sous Louis-le-Débonnaire & Lothaire son fils, nous fournit une preuve très-claire que le mariage contracté depuis l'ordination, n'étoit pas encore alors regardé comme nul. Ce Concile, au canon 35, ordonne l'observation de celui de Néocésarée, dont il rapporte les termes, *Presbyter* (est-il dit) *si uxorem acceperit*; *ab Ordine deponatur*; *si verò fornicatus fuerit, aut adulterium perpetraverit, amplius pelli debet, & sub pœnitentiâ cogi.* Par ce canon, la fornication commise par un Prêtre, est distinguée du mariage qu'avoit contracté ce Prêtre, & est plus griévement punie, *si verò fornicatus fuerit, amplius pelli debet*; c'est-à-dire, privé de la communion, & réduit pendant un temps à l'état de pénitence. Mais si le mariage, contracté par un Prêtre depuis son ordination, eût été alors regardé comme invalide, la consommation de ce mariage eût été une fornication : on n'auroit pas distingué ce mariage, de la fornication; donc, puisqu'on l'en distingue, on le regardoit alors comme un véritable mariage; donc la Prêtrise n'étoit pas regardée alors comme un empêchement de mariage.

Dans le dixieme siecle, le Concile d'Ausbourg, tenu l'an 952, de l'ordre & en présence de l'Empereur Othon le Grand, où étoient plusieurs Evêques d'Allemagne, des Gaules & d'Italie, défend, par le premier de ses canons, le mariage des personnes qui sont dans les Ordres sacrés; mais c'est à peine de déposition de leur Ordre : le Concile ne déclare pas nul ce mariage : *Si quis Episcoporum, Presbyterorum, Diaconorum & Subdiaconorum, uxorem acceperit, à sibi injuncto officio deponendus est, sicut in Concilio Charthaginensi tenetur.*

La Collection des canons que fit paroître Burchard, Evêque de Wormes, qui a occupé ce Siege depuis l'an 1008 jusqu'en 1026, nous fournit aussi une preuve qu'il n'y avoit point encore alors de loi ni de canon qui eût fait des Ordres sacrés, un empêchement dirimant de mariage; car s'il y en avoit eu quelqu'un, cet Auteur, qui a recueilli avec soin les canons qui pouvoient instruire de la discipline observée de son temps dans l'Eglise, n'eût pas man-

qué de l'inſérer dans ſa collection. Cependannt nous trouvons bien dans cette collection, au livre 2, le canon du Concile de Néocéſarée, qui défend aux Prêtres de ſe marier, à peine de dépoſition, que nous avons rapporté ci-deſſus, & pluſieurs autres canons qui ont rapport à la continence qui doit être obſervée par les Prêtres & les autres Miniſtres des autels; mais nous n'en trouvons aucun, qui ait fait des Ordres ſacrés, un empêchement dirimant de mariage; d'où on peut conclure qu'il n'y avoit encore alors aucun canon ni aucune loi qui eût établi cet empêchement. Cet argument, quoique négatif, ne laiſſe pas d'être concluant; car il n'eſt pas vraiſemblable que s'il y avoit eu quelque loi ou quelque canon qui l'eût établi, il eût échappé à Burchard.

On peut tirer un pareil argument négatif du décret d'Yves de Chartres, qui eſt ou de la fin de l'onzieme ſiecle, ou du commencement du douzieme.

Nous avons quelque choſe de plus poſitif dans une Lettre de ce ſaint Evêque; (c'eſt la deux cents dix-huitieme) à Galon, Evêque de Paris, qui qui l'avoit conſulté ſur un de ſes Chanoines qui s'étoit marié. Il lui répond que ſi pareille choſe étoit arrivée dans ſon Dioceſe, il laiſſeroit ſubſiſter le mariage, & ſe contenteroit de faire deſcendre le coupable à un ordre inférieur.

116. Les Ordres ſacrés qui, juſqu'au temps d'Yves de Chartres, n'avoient formé qu'un empêchement prohibitif, ne tarderent pas à former un empêchement dirimant de mariage, comme il paroît par le canon du premier Concile de Latran, & bien plus formellement par le canon du ſecond Concile de Latran, rapportés *ſuprà*, en l'article précédent, *n.* 110 & 111.

Ce droit a depuis été conſtamment ſuivi par les décrétales des Papes, qui ſe trouvent dans le Corps du Droit canonique.

Alexandre III, dans ſa décrétale qui eſt rapporté au chapitre premier, *ext. de Cleric. conjug.* répond conformément à la déciſion du Concile, qu'un Eccléſiaſtique qui s'eſt marié, s'il n'eſt que dans les Ordres mineurs, doit retenir ſa femme & perdre ſes bénéfices; mais s'il étoit Sous-Diacre ou dans un Ordre ſupérieur, il doit être contraint par cenſures à renvoyer ſa femme.

Le même Pape, au chapitre 4, *extr. d. tit.* dit que le mariage qu'un Prêtre a contracté, n'eſt pas un véritable mariage: *Sacerdotes qui nuptias contrahunt, quæ non nuptiæ, ſed contubernia ſunt potiùs nuncupanda, &c.*

Boniface VIII déclare pareillement, *cap.* 1, *de vot. & vot. redempt in 6°.* que les Ordres ſacrés ſont un empêchement dirimant de mariage: *Præſentis declarandum duximus oraculo ſanctionis, illud ſolum votum dici debere ſolemne, quantùm ad poſt contractum matrimonium dirimendum, quod ſolemniſatum fuerit per ſuſceptionem ſacri Ordinis, vel per profeſſionem, &c.*

Clément V, dans le Concile de Vienne, *cap. un. de conj. & affin. in Clement.* met les mariages contractés par les perſonnes engagées dans les Ordres ſacrés, au même rang que ceux contractés dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité, & excommunie ceux qui les ont contractés, juſqu'à ce qu'ils ſe ſéparent.

Enfin, le Concile de Trente a prononcé anatheme contre ceux qui ſoutiennent que les perſonnes engagées dans les Ordres ſacrés, peuvent contrac-

ter mariage, & que leur mariage eſt valide. Voici ſes termes : *Si quis dixerit Clericos in ſacris Ordinibus conſtitutos, vel regulares caſtitatem ſolemniter profeſſos poſſe matrimonium contrahere, contractumque validum eſſe non obſtante lege eccleſiaſticâ, vel voto .... anathema ſit* ; ſeſſ. 24, *can.* 9, *de reform. matrim.*

Van-Eſpen dit que ces termes, *non obſtante lege eccleſiaſticâ, vel voto*, ont été mis dans ce canon, pour donner à entendre que le Concile n'entendoit pas décider la queſtion qui étoit entre les Théologiens, ſi c'étoit le vœu de continence tacitement renfermé dans la réception des Ordres ſacrés, ou ſeulement la loi eccléſiaſtique, qui formoit l'empêchement.

117. La puiſſance ſéculiere en France, a adopté & confirmé la diſcipline eccléſiaſtique à cet égard : les Parlements, conformément à cette diſcipline, regardent les Ordres ſacrés comme un empêchement dirimant de mariage.

Il s'éleva à cet égard une queſtion, qui fut portée au Parlement de Paris, en 1640 ; dans lequel temps l'exercice de la Religion Calviniſte étoit permis en France. La queſtion étoit de ſçavoir, ſi le mariage qu'un Prêtre avoit contracté après avoir embraſſé le Calviniſme, étoit valable. On diſoit, en faveur de ce mariage, que le Prêtre ayant ceſſé d'être de la Communion Romaine, en embraſſant le Calviniſme, & n'étant plus par conſéquent ſoumis aux loix de la Communion Romaine, lorſqu'il a contracté ce mariage, ces loix, auxquelles il n'étoit plus ſoumis, n'avoient pu mettre un obſtacle à ſon mariage : néanmoins l'Arrêt déclare le mariage nul & abuſif. La raiſon eſt, que la diſcipline de l'Egliſe, qui défend le mariage des perſonnes conſtituées dans les Ordres ſacrés, à peine de nullité, ayant été reçue & adoptée en France par la Puiſſance ſéculiere, la défenſe du mariage de ces perſonnes, à peine de nullité, eſt une loi de l'Etat, auſſi-bien que de l'Egliſe ; d'où il ſuit que ce Prêtre, dans qui la profeſſion du Calviniſme n'avoit pas effacé ſa qualité de Prêtre, étant demeuré ſujet aux loix de l'Etat, n'avoit pu valablement contracter mariage contre les loix de l'Etat, qui défendent le mariage des Prêtres. Cet Arrêt eſt rapporté par Soefve.

Il ne peut plus y avoir lieu à cette queſtion, n'y ayant plus d'autre religion en France, que la religion Catholique-Romaine.

118. Cet Arrêt peut ſervir à la déciſion d'une autre queſtion qu'on a faite autrefois au ſujet d'un Sous-Diacre, qui, ayant encouru l'irrégularité, par un meurtre qu'il avoit commis, s'étoit depuis marié. La queſtion étoit de ſçavoir ſi le mariage qu'il avoit contracté depuis qu'il avoit encouru l'irrégularité, étoit valable. La raiſon de douter étoit, que le motif qui a porté l'Egliſe à obliger les perſonnes conſtituées dans les Ordres ſacrés à garder la continence, & à leur défendre de ſe marier, étant l'incompatibilité qui paroiſſoit ſe trouver entre la pureté qu'exigeoient les fonctions ſacrées de leur miniſtere & l'uſage charnel du mariage, l'Eccléſiaſtique étant par l'irrégularité qu'il avoit encourue, devenu incapable de ces fonctions ſacrées, il devoit ceſſer d'être incapable de contracter mariage. Nonobſtant cette raiſon, le Pape Alexandre III, conſulté ſur cette queſtion, décide que le Sous-Diacre qu'on diſoit avoir encouru l'irrégularité par un meurtre qu'il avoit commis, ſoit qu'il l'eût commis, ſoit qu'il ne l'eût pas commis, ne pouvoit pas ſe

marier valablement, *cap.* 1, *in fine extr. de vot. & vot. redempt.* La raiſon eſt que, *nemo ex delicto ſuo jus conſequi poteſt;* un crime qui fait encourir à un Eccléſiaſtique l'irrégularité, ne peut donc lui donner le pouvoir de contracter mariage, qu'il n'a pas.

L'Arrêt que nous avons ci-deſſus rapporté, vient à l'appui de la déciſion du Pape Alexandre. Si, ſuivant cet Arrêt, un Prêtre apoſtat, qui eſt ſorti de l'Egliſe par une profeſſion ouverte de Calviniſme, continue d'être ſujet à la loi qui défend le mariage des Prêtres; à plus forte raiſon, celui qui a ſeulement encouru l'irrégularité, doit-il y demeurer ſujet.

119. Il nous reſte a obſerver que les Ordres ſacrés ſont bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que l'Eccléſiaſtique contracteroit depuis ſa promotion auxdits Ordres; mais ils ne rompent pas celui qu'il a contracté avant ſa promotion, quand même il n'auroit pas été conſommé; c'eſt ce qu'a décidé le Pape Jean XXII : *Licet* ( dit ce Pape ) *votum ſolemniſatum per ſacri ſuſceptionem Ordinis, quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum, ac dirimendum, ſi poſt contractum fuerit, ſecundùm ſtatuta canonum ſit efficax reputandum; ad diſolvendum tamen priùs contractum, etiamſi per carnis copulam non fuerit conſummatum* ( *cùm nec jure divino, nec per ſacros canones reperiatur hoc ſtatutum* ) *invalidum eſt cenſendum; cap.* 1, *de voto & voti redempt. in extravag. Joan.*

Obſervez que la perſonne mariée qui s'eſt fait promouvoir aux Ordres, doit être interdite des fonctions de ſon Ordre & n'y peut être rétablie que ſuivant ce qui eſt preſcrit, *infra, part.* 6, *ch.* 2, *art.* 2.

# CHAPITRE III.

## *Des empêchemens dirimans relatifs, ou de l'incapacité qu'ont certaines perſonnes de ſe marier enſemble.*

120. NOUS appellons *empêchemens dirimans relatifs*, ceux qui empêchent deux perſonnes, en qui ils ſe rencontrent, de pouvoir ſe marier valablement enſemble, quoiqu'elles puiſſent ſe marier à d'autres.

Nous en trouvons neuf eſpeces; 1°. la parenté naturelle: 2°. l'affinité; 3°. la parenté civile: 4°. la parenté ſpirituelle: 5°. l'empêchement qui réſulte de l'honnêteté publique: 6°. l'empêchement qui réſulte du rapt & de la ſéduction: 7°. celui qui eſt entre l'un des conjoints par mariage, & ſon adultere: 8°. celui qui eſt entre l'un des conjoints par mariage, & le meurtrier de l'autre: 9°. celui qui naît de la diverſité de Religion.

### ARTICLE PREMIER.

### *De l'empêchement qui réſulte de la parenté naturelle.*

Nous verrons dans un premier paragraphe ce que c'eſt que la parenté naturelle, & quelles ſont les manieres de compter les degrés de parenté. Nous

verrons dans un ſecond paragraphe, quelles parentés forment un empêchement dirimant de mariage ; & quels ont été les différens changemens de diſcipline à cet égard.

## §. I.

### *Ce que c'eſt que la parenté ; & quelles ſont les manieres de compter les degrés dans les différentes lignes de parenté.*

121. La parenté naturelle eſt la liaiſon que la nature a miſe entre deux perſonnes qui deſcendent ou l'une de l'autre, ou d'une ſouche commune. Ces termes de la définition, *qui deſcendent l'une de l'autre*, déſignent la parenté de la ligne directe. Ceux-ci, *ou d'une ſouche commune*, déſignent la parenté de la ligne collatérale.

122. On appelle *ligne de parenté*, la ſuite des perſonnes par leſquelles la parenté eſt formée entre deux parens.

Il y a deux lignes de parenté, la directe & la collatérale.

La ligne directe eſt la ſuite des perſonnes qui deſcendent de moi, qu'on appelle *ligne directe deſcendante ;* & celle des perſonnes de qui je deſcends, qu'on appelle *ligne directe aſcendante.*

Dans la ligne directe deſcendante, ſont le fils, le petit-fils, l'arriere-petit-fils, &c. Dans l'aſcendante, ſont le pere, l'aïeul, le biſaïeul, &c.

La ligne collatérale eſt la ſuite des perſonnes par leſquelles l'un des parens eſt deſcendu de la ſouche commune dont ſon parent eſt deſcendu.

123. On appelle *degré de parenté*, la diſtance qu'il y a entre deux parens, qui ſe regle par le nombre des générations qui forment leur parenté, de maniere qu'on compte autant de degrés qu'il y a de générations.

124. Il n'y a qu'une ſeule maniere de compter les degrés de parenté dans la ligne directe, ſoit par le Droit civil, ſoit par le Droit canonique : on y compte autant de degrés de parenté, qu'il y a eu de générations qui l'ont formée.

Par exemple, je ſuis au premier degré de parenté avec mon fils, parce qu'il n'y a eu qu'une génération qui a formé la parenté que j'ai avec mon fils : je ſuis au ſecond degré de parenté avec mon petit-fils, parce qu'il a fallu deux générations pour former la parenté que j'ai avec lui : il a fallu, 1°. que j'aie engendré mon fils ; 2°. que mon fils ait engendré mon petit-fils : je ſuis au troiſieme degré de parenté avec mon arriere petit-fils ; car trois générations ont formé la parenté que j'ai avec lui. 1°. J'ai engendré mon fils : 2°. mon fils a engendré mon petit-fils : 3°. mon petit-fils a engendré mon arriere-petit-fils : par la même raiſon, je ſuis au quatrieme degré avec le fils de mon arriere-petit-fils, parce qu'il y a eu quatre générations pour venir de moi à lui, & *ſic deinceps* des autres degrés.

Il en eſt de même dans la ligne aſcendante. Je ſuis au premier degré de parenté avec mon pere, parce qu'une ſeule génération a formé cette parenté : je ſuis au ſecond degré avec mon aïeul, parce que deux générations ont formé cette parenté. Mon aïeul a engendré mon pere, & mon pere m'a engendré : je ſuis au troiſieme degré avec mon biſaïeul, parce qu'il y a trois générations de lui à moi : 1°. il a engendré mon aïeul ; 2°. mon aïeul a engendré mon pere ; 3°. mon pere m'a engendré, & *ſic deinceps* des autres degrés.

125. A l'égard de la ligne collatérale, la maniere de compter les degrés suivant le Droit canonique, eſt différente du Droit civil.

Suivant la maniere du Droit civil, pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter toutes les générations qu'il y a, en montant depuis moi juſqu'à la ſouche commune, & toutes celles qu'il y a en deſcendant depuis la ſouche commune juſqu'à mon parent.

Suivant cette maniere de compter, il n'y a point de premier degré de parenté dans la ligne collatérale. La parenté que j'ai avec mon frere, qui eſt le plus proche parent que je puiſſe avoir en ligne collatérale, eſt une parenté au ſecond degré; car il y a une génération pour aller de moi à mon pere, qui eſt notre ſouche commune; & il y en a une autre pour deſcendre de mon pere à mon frere. Mon pere m'a engendré, & mon pere a engendré mon frere; cela fait deux générations, & par conſéquent deux degrés. Suivant cette maniere de compter, je ſuis au troiſieme degré avec mon oncle, car il y a deux générations en montant depuis moi juſqu'à mon aïeul, qui eſt notre ſouche commune, & une génération en deſcendant de mon aïeul à mon oncle; ce qui fait trois générations, & par conſéquent trois degrés.

Je ſuis au quatrieme degré avec mon couſin-germain, car il y a deux générations en montant depuis moi juſqu'à notre aïeul, qui eſt notre ſouche commune; & deux générations en deſcendant de cet aïeul juſqu'à mon couſin-germain, ce qui fait quatre générations, & par conſéquent quatre degrés.

Par la même raiſon, je ſuis au ſixieme degré avec mon couſin iſſu de germain; car il y a trois générations pour monter depuis moi juſqu'à notre bisaïeul, qui eſt notre ſouche commune, & trois pour deſcendre de cette ſouche commune juſqu'à ce couſin; ce qui fait ſix générations, & par conſéquent ſix degrés.

Il en eſt de même des autres degrés.

126. La maniere de compter les degrés de parenté, ſuivant le Droit canonique, eſt différente du Droit civil: on n'y compte que les générations de l'un des parens juſqu'à la ſouche commune; au lieu que ſuivant le Droit civil, on compte les générations des deux parens. Ou la ligne de parenté eſt égale, ou elle eſt inégale.

La ligne de parenté eſt égale, lorſque l'un & l'autre parent ſont dans une diſtance égale de la ſouche commune, comme le ſont des freres, des couſins-germains, des couſins iſſus de germains, &c.

Elle eſt inégale, lorſque l'un des parens eſt plus éloigné de la ſouche commune que ne l'eſt l'autre, comme dans la parenté qui eſt entre un oncle & un neveu, entre moi & le fils de mon couſin-germain, &c.

Lorſque la ligne eſt égale, on compte les générations qu'il y a depuis l'un des parens ſeulement juſqu'à la ſouche commune: il n'importe lequel; & il y a autant de degrés de parenté, qu'il y a de générations de ce parent juſqu'à la ſouche commune.

Par exemple, ſuivant cette maniere de compter, deux freres ſont au premier degré de la parenté collatérale, parce qu'il n'y a qu'une génération depuis l'un des freres juſqu'au pere, qui eſt la ſouche commune. Deux couſins-germains ſont au ſecond degré, parce qu'il y a deux générations depuis l'un de ces cou-

ſins juſqu'à l'aïeul, qui eſt leur ſouche commune. Les enfans des couſins-germains, que nous appellons *iſſus de germains*, ſont au troiſieme degré, parce qu'il y a trois générations depuis l'un d'eux juſqu'à leur biſaïeul, qui eſt leur ſouche commune. Les enfans de ces iſſus de germains ſont au quatrieme degré, parce qu'il y a quatre générations depuis l'un d'eux juſqu'à leur triſaïeul, qui eſt leur ſouche commune; & il en eſt de même des autres degrés.

Ce que nous venons de dire, eſt renfermé dans cette maxime; *in lineâ collaterali æquali, quoto gradu unaquæque cognatorum perſona diſtat à communi ſtipite, tot gradibus diſtant cognati inter ſe.*

Dans la ligne inégale on ne compte, à la vérité, que les générations qu'il y a depuis l'un des parens juſqu'à la ſouche commune; mais on doit les compter depuis celui des parens qui eſt le plus éloigné de cette ſouche commune.

Par exemple, ſuivant cette maniere, un oncle & un neveu ſont entr'eux au ſecond degré de parenté collatérale; car depuis le neveu, qui eſt la perſonne la plus éloignée de la ſouche commune, juſqu'à ſon aïeul, qui eſt le pere de l'oncle & leur ſouche commune, il y a deux générations, & par conſéquent deux degrés.

Par la même raiſon, un grand-oncle & ſon petit-neveu ſont au troiſieme degré; car depuis le petit-neveu juſqu'à ſon biſaïeul, qui eſt le pere de ſon grand-oncle, & leur ſouche commune, il y a trois générations.

C'eſt ce qui eſt renfermé dans cette regle: *In lineâ collaterali inæquali, quoto gradu remotior perſona diſtat à communi ſtipite, tot gradibus diſtant cognati inter ſe.*

127. On ne ſçait pas bien quand a commencé dans l'Egliſe cette maniere de compter les degrés de parenté pour les mariages, différemment du Droit civil. Il eſt certain qu'elle étoit inconnue du temps de Saint Ambroiſe; car ce ſaint Docteur, dans ſa Lettre à Paterne, qui eſt la 70^e^. dans l'*édit. des Bénédictins*, pour le diſſuader du mariage qu'il vouloit faire de ſon fils avec la niece de ſon fils, place, conformément à la maniere de compter du Droit civil, la parenté de l'oncle avec ſa niece, dans le troiſieme degré; & celle des couſins-germains dans le quatrieme degré; *Lex divina* (dit-il) *etiam patrueles fratres prohibet convenire qui ſibi* QUARTO *ſociantur gradu: hic autem* (le degré d'oncle & de niece dans lequel Paterne vouloit marier ſon fils) *gradus tertius eſt, qui etiam civili jure à conſortio conjugii exceptus videtur.*

Le plus ancien monument qu'on produit de cette maniere de compter les degrés de parenté différemment du Droit civil, ſe trouve dans la Lettre du Pape Saint Gregoire à S. Auguſtin de Cantorbery, qui a été écrite ſur la fin du ſixieme ſiecle, ou tout au plus tard, au commencemeot du ſeptieme. Par cette Lettre, faite pour répondre aux queſtions de S. Auguſtin, ſur la conduite qu'il devoit tenir à l'égard des nouveaux Chrétiens d'Angleterre, ce Pape, ſur la queſtion de ſçavoir à quel degré de parenté les mariages devoient leur être permis, s'exprime ainſi: *Quædam terrena Lex in Romanâ Republicâ permittit, ut ſive fratris, ſive ſororis, ſeu duorum fratrum germanorum, vel duarum ſororum filius & filia miſceantur; ſed experimento didicimus, ex tali conjugio ſobolem non poſſe ſuccreſcere, & ſacra Lex prohibet cognationis turpitudinem revelare; undè neceſſe eſt ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter ſibi jungi debeat; nam ſecunda quam diximus, à ſe omnimodò debet abſtinere.* Elle eſt au tom. 2 de l'édit. des Bénéd. *pag.* 1129.

Les

Les couſins-germains, entre leſquels Saint Grégoire veut que le mariage ſoit défendu, ſont placés dans le ſecond degré, ſuivant la maniere de compter du Droit canonique d'aujourd'hui, différente de celle du Droit civil, qui les place dans le quatrieme.

Les Anglois qui avoient été convertis à la foi par S. Auguſtin de Cantorbery, diſciple de S. Grégoire, comptoient de cette maniere les degrés de parenté pour les mariages. Le canon XIII du Pénitentiel de Théodore de Cantorbery, qui eſt de la fin du ſeptieme ſiecle, s'exprime ainſi : *In tertiâ propinquitate carnis, ſecundùm Græcos licet nubere, in quintâ ſecundùm Romanos, &c.*

Il eſt viſible que Théodore ne compte pas à la maniere du Droit civil, ſelon laquelle le troiſieme degré eſt celui de l'oncle & de la niece, de la tante & du neveu ; car le mariage n'étoit pas permis chez les Grecs dans ce degré : ces termes, *in tertiâ*, ne peuvent s'entendre que des couſins iſſus de germains, ſelon la maniere de compter du Droit canonique.

128. Cette maniere de compter les degrés de parenté différemment du Droit civil, ne s'étoit pas établie par-tout en même temps : dans le milieu du ſeptieme ſiecle, on les comptoit encore en Eſpagne ſuivant le Droit civil. Nous trouvons dans le décret de Gratien, *cauſ.* 35, *q.* 5, *can.* 6, un morceau tiré d'Iſidore, Archevêque de Séville, qui floriſſoit en ce temps, où Iſidore, en faiſant l'énumération des différens degrés de parenté, les compte ſuivant la maniere de les compter du Droit civil.

129. A l'égard de la France, nous trouvons, vers le milieu du huitieme ſiecle, un monument qui nous paroît prouver que l'on y comptoit déja en ce temps, les degrés de parenté pour les mariages, à la maniere du Droit canonique : c'eſt le premier canon du Concile de Compiegne, tenu l'an 757, ſous le Roi Pepin, & qui eſt rapporté parmi les Capitulaires & Ordonnances de ce Prince. Il y eſt dit : *Si in quartâ progenie reperti fuerint conjuncti, non ſeparamus ; in tertiâ ſeparantur, & eos qui unus in quartâ & alius in tertiâ ſibi pertinent, & conjuncti inveniuntur, ſeparamus.* Il eſt évident que par ce canon les degrés ſont comptés à la maniere du Droit canonique : car ſelon la maniere de compter du Droit civil, qui compte les générations des deux parens, on ne diroit pas ſi l'un eſt au trois, & l'autre au quatre, mais on diroit s'ils ſont au ſeptieme.

130. Dans le onzieme ſiecle, quoique la maniere de compter les degrés de parenté pour les mariages, ſelon le Droit canonique, différemment du Droit civil, fût depuis long-temps établie dans l'Egliſe, il y avoit encore bien des perſonnes attachées à l'ancienne maniere de compter les degrés de parenté conformément au Droit civil, qui ne vouloient pas s'en départir : cela excita de grandes diſputes dans ce ſiecle.

Il s'étoit établi dans ce temps-là une diſcipline qui étendoit la défenſe des mariages, pour cauſe de parenté, juſqu'au ſeptieme degré du parenté. Ceux qui étoient demeurés attachés à la maniere de compter les degrés de parenté ſuivant le Droit civil, bornoient cette défenſe au degré de couſin iſſu de germain, avec l'enfant de ſon couſin iſſu de germain, qui fait le ſeptieme degré, ſuivant la maniere de compter du Droit civil ; & permettoient les mariages

entre les enfans des cousins issus de germains, qui sont dans le huitieme degré, suivant la maniere de compter du Droit civil.

Au contraire, ceux qui comptoient les degrés de parenté suivant la nouvelle maniere de les compter, étendoient beaucoup plus loin la défense des mariages pour cause de parenté; ils plaçoient, suivant cette nouvelle maniere de compter les degrés, les personnes qui descendoient d'un sixieme aïeul commun, dans le septieme degré de parenté; & ils étendoient jusqu'à ce degré inclusivement, la défense des mariages.

Alexandre II, qui étoit monté sur le Saint Siege en 1061, écrivit sur cette question une Lettre décrétale au Clergé de Naples, par laquelle il décide, conformément à la nouvelle maniere qui s'étoit introduite de compter les degrés, qu'on ne doit compter les générations qui forment les degrés de parenté, que de l'un des deux parens jusqu'à la souche commune, & non pas les générations des deux parens (suivant la maniere de compter du Droit civil.) Il traite ceux qui (selon la maniere de compter du Droit civil) comptoient les générations des deux parens, de gens assis dans la chaire de pestilence; *Sedentes in cathedrâ pestilentiæ dictant jura quæ nesciunt, namque, ut fertur, ita generationes à duobus fratribus altrinsecùs prodeuntes enumerant, ut eorum invicem filios quartam, nepotes sextam, pronepotes octavam generationem esse perhibeant. Hoc itaque modo unumquemque generationis gradum qui unus procul dubio dicendus est, dividunt, &c.*

Ce Pape ensuite, pour prouver qu'on ne doit compter les générations que de l'un des parens, tire un fort mauvais argument d'un endroit de la Genese, où il est dit que Joseph vit jusqu'à la troisieme génération la postérité qui lui étoit provenue de ses enfans Ephraïm & Manasses: car ce n'est que pour la parenté collatérale qu'on dit qu'on doit compter les générations des deux parens. L'endroit de la Genese cité par ce Pape, parlant de la postérité de Joseph, que ce Patriarche a vue de son vivant, & par conséquent d'une parenté de la ligne directe, n'a aucune application à la parenté qui est entre des parens collatéraux, ni à la maniere dont les degrés doivent se compter dans la ligne collatérale. Enfin il autorise sa décision par le texte de la lettre du Pape S. Gregoire à S. Augustin de Cantorbery, que nous avons rapporté *suprà*, *n.* 127.

Cette décrétale est la vingt-septieme des Lettres de ce Pape, qui sont rapportées au tome 9^e^. *des Conciles du Pere Labbe.*

En 1065, le Pape Alexandre II assembla à Rome, sur cette question, deux Conciles consécutifs, qui sont le second & le troisieme Concile Romain, rapportés au tome 9^e^. *des mêmes Conciles.*

La constitution que ce Pape fit dans le premier de ces Conciles, c'est-à-dire, dans le second Concile Romain, au Palais de S. Jean-de-Latran, est rapportée dans le décret de Gratien, *cauſ.* 35, *quæſt.* 5, *can.* 2.

Par cette Constitution, qui est adressée à tous les Evêques & à tous les Juges d'Italie, il défend, sous peine d'excommunication, de compter les degrés de parenté pour le mariage, suivant la maniere dont les loix civiles les comptent pour les successions. Il apporte cette raison de la différence qu'il doit y avoir entre la maniere de compter les degrés pour les successions, & celle de les comp-

ter pour les mariages : *quia*, dit-il, *hæreditates nequeunt deferri, nisi de unâ ad alteram personam, idcirco curavit secularis Imperator in singulis personis, singulos præfigere gradus ; quia verò nuptiæ sine duabus non valent fieri personis, ideo sacri canones duas in uno gradu constituere personas.*

Ceux qui furent réfractaires à ces constitutions, & qui s'obstinerent à vouloir compter les degrés de parenté pour pour les mariages, suivant la maniere du Droit civil, furent regardés comme hérétiques : on appella leur opinion, *l'héresie des incestueux*, parce qu'en réputant pour le septieme degré de parenté, suivant la maniere de compter du Droit civil, celui d'un cousin issu de germain, avec les enfans de son cousin issu de germain, ils permettoient les mariages entre les enfans des cousins issus de germain, & dans les degrés suivans, que ceux qui comptoient les degrés différemment, regardoient comme incestueux.

131. Entre ceux qui comptoient les degrés différemment du Droit civil, il y avoit une différence : on les comptoit le plus communément comme nous les comptons aujourd'hui selon le Droit canonique, en comptant les freres pour le premier degré de la parenté collatérale ; les cousins-germains pour le second ; les issus de germains pour le troisieme, &c. Mais dans quelques Eglises on commençoit à compter les degrés de la parenté collatérale par les enfans des freres, c'est-à-dire, par les cousins-germains, qu'on plaçoit dans le premier degré : on pensoit que les freres & sœurs étant comme les souches d'où descendoient les différens degrés de parenté, ils ne devoient pas être comptés pour un degré ; *quia*, dit Alexandre, en rapportant cette maniere particuliere à quelques Eglises, *fratres, quasi quidam truncus ex quo cæteri ramusculi nascuntur*; d. can. 2.

C'étoit une fort mauvaise raison : car il est évident que ce ne sont pas les freres, mais que c'est le pere, d'où descendent les freres eux-mêmes, qui fait la tige & la souche de la parenté.

## §. II.

### *Quelles parentés forment un empêchement dirimant des mariages ; & quels ont été à cet égard les différens changemens de discipline.*

132. Il faut, à cet égard, distinguer les différentes especes de parenté, & les différens temps.

La parenté de la ligne directe, en quelque degré éloigné qu'elle soit, a été dans tous les temps un empêchement dirimant de mariage.

La loi naturelle a formé cet empêchement ; & tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse & abominable, l'union charnelle entre des parens de cette ligne.

Quoique le crime de cette union se fasse mieux sentir par un sentiment naturel, que par le raisonnement, on peut néanmoins dire que le respect & la soumission qu'un fils doit, par le droit naturel, à sa mere, étant quelque chose d'opposé & d'incompatible avec l'autorité que le mariage donne au mari sur sa femme, un fils ne peut pas, sans blesser la loi naturelle, devenir le

mari de sa mere : pareillement, le grand respect qu'une fille doit à son pere, ne permet pas qu'elle devienne, par le mariage, sa compagne. Ce sont les raisons que rapporte Grotius, *de jur. bel. & pac. lib. 2. cap. 5. §. 12.*

Ces raisons peuvent s'appliquer aux autres parens de la ligne directe.

133. Dans la ligne collatérale, le mariage entre le frere & la sœur, celui du neveu avec sa tante, sont condamnés comme incestueux par la Loi divine : *Qui acceperit sororem suam, filiam patris sui, vel filiam matris suæ, & viderit turpitudinem ejus, illaque conspexerit fratris ignominiam, nefariam rem operati sunt, occidentur in conspectu populi sui ;* Lévit. 20, 17. Et plus bas il dit : *Turpitudinem materteræ & amitæ tuæ non discooperies, &c.* v. 19.

Grotius, *d. cap.* 5, §. 13, remarque que la défense des mariages dans les degrés exprimés par le Lévitique, n'étoit pas particuliere aux Israélites ; qu'elle n'étoit qu'un renouvellement d'une défense générale que Dieu en avoit faite à tous les hommes, depuis que le genre humain avoit été assez multiplié, pour que le mariage des freres & des sœurs ne fût plus nécessaire ; puisque la transgression qui en avoit été faite par les peuples de Canaan, est traitée d'abomination ; *ne polluamini in omnibus his quibus contaminatæ sunt gentes quas ego ejiciam ante conspectum vestrum, & quibus polluta est terra ;* Lévit. XVIII. 24. La tradition s'en étoit conservée dans le Paganisme.

134. Par les Loix Romaines, le mariage du frere avec sa sœur, du neveu avec sa tante, & même sa grande-tante, & celui de l'oncle avec sa niece, & même sa petite-niece, étoient défendus, & regardés comme incestueux. La raison à l'égard des oncles & tantes, étoit qu'un oncle tient en quelque façon lieu de pere à sa niece, & une tante tient lieu de mere à son neveu : c'est celle que rend Paul ; *sororis pronepotem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum ;* L. 39, ff. *de rit. nupt.*

Il est vrai que l'Empereur Claude, pour satisfaire la passion qu'il avoit pour Agrippine, fille de son frere Germanicus, qu'il vouloit épouser, fit porter une loi par le Sénat, qui permettoit aux oncles d'épouser les filles de leur frere : mais Suetone remarque que cette loi, en permettant ces mariages, qui avoient toujours été regardés comme incestueux, *quæ ad id tempus incesta habebantur*, ne changea pas sur cela les idées des Romains, & que l'exemple de l'Empereur n'eut pas d'imitateurs ; *non repertis qui sequerentur exemplum.* Sueton. *in Claud.*

C'est par cette raison que les Jurisconsultes décideront que cette loi n'étoit susceptible d'aucune extension, & que la permission qu'elle accordoit pour le mariage d'un oncle avec la fille de son frere, ne devoit pas s'étendre à celui d'un oncle avec la fille de sa sœur, ni encore moins à celui d'un neveu avec sa tante, C'est ce que nous apprenons d'Ulpien : *ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantùm fratris filiam, non etiam sororis filiam, nec amitam, nec materteram, quamvis eodem gradu sint ;* Ulp. *fragm. tit. 5*, §. 6.

Enfin la loi qui avoit été portée sous l'Empereur Claude, pour permettre le mariage d'un oncle avec la fille de son frere, fut abrogée par la constitution des Empereurs Constance & Constant, qui défendirent, sous peine capitale, ce mariage : *Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem, capitalis sententiæ pœnâ teneatur ;* L. 1, *Cod. Theod. de incest. nupt.*

Il y en a qui penſent que la loi de l'Empereur Claude avoit déja été abrogée par Conſtantin-le-Grand : quoique ſa conſtitution ne nous ſoit pas parvenue, ils ſe fondent ſur ce que Sozomene rapporte de cet Empereur : *Qui intemperantes & diſſolutos concubitus antea minimè prohibitos coercuit, ſicut ex legibus quæ de illis latæ ſunt, deprehendere licet.*

135. A l'égard des couſins-germains, le mariage dans ce degré avoit toujours été permis juſqu'à la loi de Théodoſe-le-Grand, qui le défendit.

Il n'avoit pas été non-plus défendu juſqu'alors dans l'Egliſe par aucun canon : l'Egliſe n'avoit d'autres regles ſur les parentés qui doivent empêcher les mariages, que les loix de l'Empire.

Il y avoit néanmoins, avant la loi de Théodoſe, des perſonnes qui ſe faiſoient ſcrupule de contracter ces mariages, à cauſe de la reſſemblance que ces couſins avoient avec des freres & ſœurs ; ces couſins, lorſqu'ils étoient du côté paternel, étant nommés en Latin, *fratres & ſorores patrueles.*

C'eſt ce que nous apprenons de Saint Auguſtin, *lib. 15 de Civit. Dei, cap.* 16, où il eſt dit : *Experti ſumus in communione conſobrinorum etiam noſtris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proximum, quàm rarò propter mores fiebat, quod fieri per leges licebat, quia id nec divina lex prohibuit, & nondum prohibuerat lex humana.*

Saint Auguſtin, par *lex humana*, entend parler de la conſtitution de Théodoſe, qui avoit été publiée peu de temps avant qu'il écrivît.

Il paroît que, même dans le Paganiſme, les Romains avoient eu quelque ſcrupule ſur les mariages entre couſins-germains, mais qu'ils s'y étoient accoutumés. C'eſt ce que nous apprenons du diſcours de l'Empereur Claude au Sénat, qui eſt rapporté par Tacite, *lib. 12 ann.* Ce Prince, pour engager le Sénat à porter une loi qui permette le mariage de l'oncle & de la niece, dit qu'on ne doit pas s'arrêter à la prévention qu'on a contre ; que les Romains avoient auſſi été autrefois prévenus contre le mariage des couſins-germains, & qu'ils étoient revenus de cette prévention : *ſobrinorum* (1) *diù ignorata (conjugia) tempore percrebuiſſe.*

Plutarque dans ſes cauſes, *quæſt.* 6, rapporte auſſi que les mariages des couſins-germains avoient été pendant long-temps regardés de mauvais œil chez les Romains ; *diù apud Romanos inviſa fuiſſe ;* que le peuple avoit fait une loi qui les déclaroit permis, & défendoit les mariages dans les degrés qui étoient plus proches. Il n'en dit pas le temps.

136. Après la mort de Théodoſe, Arcade & Honorius ſes enfans firent une loi, par laquelle ils confirmerent la loi de Théodoſe pour la nullité des mariages entre couſins-germains, en abrogeant ſeulement la peine du feu & de la confiſcation des biens, ordonnée par la loi de Théodoſe contre les infracteurs de cette loi.

---

(1) J. Lipſe dans ſes notes ſur ce texte, dit que ce terme ſe prend ici pour *Conſobrinarum*, c'eſt-à-dire, pour les mariages avec une couſine-germaine. Quoique ce terme, dans le Langage des Juriſconſultes, ſoit deſtiné à ſignifier des couſins iſſus de germains, il ſe prend chez les autres Auteurs indifféremment pour les couſins-germains, comme pour les autres couſins.

Celle d'Arcade & d'Honorius eſt la loi *Manente* 3. *Cod. Theodoſ. inceſt. nupt.* elle eſt datée du 4^e^. Conſulat d'Arcade, & du 3^e^. d'Honorius, c'eſt-à-dire, de l'an 396.

Depuis, Arcade changea de ſentiment, & fit une loi qui abrogea celle de Théodoſe, & permit le mariage entre couſins-germains. Juſtinien (1) qui approuvoit auſſi ces mariages, l'a fait inſérer dans ſon code: elle eſt la 19^e^. *cod. de nupt.* Il y eſt dit: *Celebrandis inter conſobrinos matrimoniis licentia legis hujus ſalubritate indulta eſt, ut reſecatâ priſci juris autoritate, reſtinctiſque calumniarum fomentis, matrimonium inter conſobrinos habeatur legitimum, &c.*

Par ces mots, *reſecatâ priſci juris autoritate*, il eſt évident qu'Arcade entend parler de la conſtitution de Théodoſe, qui avoit défendu ces mariages, & que par reſpect pour la mémoire de ſon pere, il n'oſa pas dire expreſſément qu'il abrogeoit la loi de ſon pere. Cette loi eſt datée du ſecond conſulat de Stilicon & d'Antheme, c'eſt-à-dire, de l'an 404.

Quoiqu'elle ſoit intitulée des noms d'Arcade & d'Honorius, parce qu'il étoit d'uſage d'intituler les loix du nom des deux Empereurs regnans, néanmoins cette loi adreſſée à Eutichianus, Préfet du Prétoire d'Orient, étoit d'Arcade ſeul, & n'étoit faite que pour la partie de l'Empire qui lui étoit échue, c'eſt-à-dire pour l'Orient.

Au contraire, dans l'Occident, les mariages entre couſins-germains continuerent d'être défendus. Honorius, à qui cette partie de l'Empire étoit échue, renouvella encore la défenſe de ces mariages par la loi unique, *Cod. Theod. ſi nupt. ex reſcrip. pet.* en permettant néanmoins par cette loi à ceux qui voudroient les contracter, de ſe pourvoir pardevers lui pour en obtenir la diſpenſe, s'il le jugeoit à propos.

Cette loi eſt datée de Ravenne, ſous le huitieme Conſulat d'Honorius, c'eſt-à-dire, de l'an 409: elle eſt adreſſée à Théodore, Préfet du Prétoire d'Italie. Quoique, ſuivant l'uſage ci-deſſus mentionné, elle ſoit intitulée des noms d'Arcade & d'Honorius, il n'eſt pas douteux que c'eſt Honorius ſeul qui l'a faite pour la partie de l'Empire qui lui étoit échue; c'eſt-à-dire, pour l'Occident.

137. Les peuples qui s'établirent en Occident ſur les débris de l'Empire Romain, & qui embraſſerent la foi Chrétienne, ayant trouvé le mariage des couſins-germains défendu par la diſcipline de l'Egliſe, qui s'étoit, à cet égard, conformée aux loix des Empereurs, ſe ſoumirent à ces loix. Ainſi le mariage des couſins-germains ne pouvoit être légitimement contracté chez les Goths, ſans une permiſſion expreſſe du Prince, comme nous l'apprenons de Caſſiodore; *Epiſt. VII.* 46.

---

(1) Il eſt étonnant que l'Auteur du *Traité ſur les Mariages*, de 1753, *pag.* 250, 251 & 252, diſe que Juſtinien a défendu les mariages entre couſins-germains, & qu'il a renouvellé la loi de Théodoſe, qui les avoit défendus: il eſt notoire que Juſtinien permettoit ces mariages. Il dit dans ſes Inſtitutes au Tit. *De Nupt.* §. 5: *Duorum autem fratrum vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis conjungi poſſunt.* C'eſt pour cela qu'il a fait inſérer dans ſon Code la loi *Celebrandis*, qui révoquoit la défenſe que Théodoſe avoit faite de ces mariages; & qu'au contraire il n'y fit pas inſérer la loi *Manente* 3, *Cod. Theod. de inc. Nupt.* ni la Loi unique, *Cod. Theod. ſi nuptiæ ex reſcr. petant*, leſquelles confirmoient la défenſe de ces mariages.

138. La défenſe des mariages entre parens n'en demeura pas au degré des couſins-germains : elle fut étendue aux couſins iſſus de germains, enſuite au quatrieme degré ; & par ſucceſſion de temps, juſqu'au ſixieme & au ſeptieme degré. Dans quelques Conciles, les mariages furent défendus entre parens d'une maniere illimitée. Ce qui donna lieu à cette extenſion, fut une opinion qui ſe répandit que la loi du Lévitique défendoit tous mariages entre parens indéfiniment ; cette opinion étoit fondée ſur un paſſage du Lévitique, que ceux qui la tenoient, entendoient mal : il eſt au Chapitre 18, *v.* 6, où il eſt dit : *Omnis homo ad proximam ſanguinis ſui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus.* Au lieu d'entendre ces termes, *ad proximam ſanguinis ſui*, relativement aux verſets qui ſuivent, & de les reſtraindre & déterminer aux degrés de parenté dont ces verſets contiennent le détail, ils les entendoient d'une maniere abſolue, ſans aucune relation avec les verſets ſuivans, & croyoient en conſéquence trouver dans ce paſſage du Lévitique, une défenſe illimitée des mariages entre parens. Cette opinion étoit déja répandue chez les Goths dès le ſixieme ſiecle, c'eſt ce qui paroît par le ſecond Concile de Tolede, tenu l'an 531, ſous le Roi Amalaric.

Il eſt dit au cinquieme canon, *Sancimus ne quis fidelium, propinquorum ſanguinis ſui, uſquequò affinitatis lineamenta generis ſucceſſione cognoſcit, in matrimonio ſibi deſideret copulari ; quoniam ſcriptum eſt, omnis homo ad propinquam ſanguinis ſui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus, &c.* Cette défenſe eſt faite ſous peine d'excommunication.

Obſervez que le Concile ne défend ces mariages que parce qu'il les croit défendus par la Loi divine ; c'eſt-à-dire, par un article de la Loi du Lévitique, qu'on avoit dans ce temps mal entendu.

Le Concile n'entend das établir un nouvel empêchement de mariage ; l'Egliſe n'en admettoit pas alors d'autres que ceux qui étoient établis par la Loi divine, ou par les loix des Princes. On peut faire la même obſervation à l'égard des autres Conciles que nous citerons ci-après.

Le Concile d'Agde, teuu l'an 506, ſous le Roi Alaric, défend auſſi d'une maniere illimitée, les mariages entre parens & affins. Le Canon 61 déclare inceſtueux *qui ex propriâ conſanguinitate aliquam aut quam conſanguineus habuit, concubitu polluerit, aut duxerit uxorem.*

Obſervez que ce canon eſt ſuſpect, ne ſe trouvant pas dans les anciens manuſcrits de ce Concile, dans leſquels on ne trouve que les quarante-ſept premiers canons ; *Voyez la note du Pere Syrmond.*

139. Les Conciles qui furent tenus dans ce ſiecle chez les Bourguignons & chez les François, ſe contenterent d'étendre la défenſe des mariages entre parens juſqu'au degré des couſins iſſus de germains : ils ne regardoient pas comme parenté celle des degrés ultérieurs.

Le Concile *Epaunenſe*, tenu l'an 517, ſous S. Sigiſmond, Roi des Bourguignons, *can.* 30, déclare inceſtueux les mariages entre couſins-germains & iſſus de germains, & les défend à l'avenir, ſans caſſer ceux qui ont été contractés auparavant : *inceſtos hos cenſemus..... Si quis conſobrinæ ſobrinæve ſe ſociet, quod ut à præſenti tempore prohibemus, ita ea quæ ſunt anteriùs inſtitutæ non ſolvimus.*

Le Concile de Clermont, *Arvernenſe*, tenu l'an 535, *conſentiente Domino noſtro glorioſiſſimo piiſſimoque Rege Theodeberto*, dit au canon 12 : *Si quis.... conſobrinam ſobrinamve..... crediderit carnalis conjugii conſortio violandam, & auſu ſacrilego auctoritatem divinæ legis ac jura naturæ perruperit.*

Le troiſieme Concile d'Orléans, tenu l'an 538, ſous le Roi Childebert, défend pareillement, canon 10 : *Ne quis ſibi conjugii nomine ſociare præſumat..... conſobrinam aut ſobrinam..... quod ſi qui in hoc inceſti adulterio potius quàm conjugio fuerint ſociati, quandiu ſe non ſeparaverint, à communione Eccleſiaſticâ ſeparentur.* Le Concile néanmoins déclare qu'on doit tolérer ces mariages à l'égard de ceux qui les ont contractés de bonne foi avant leur converſion à la foi, ou avant que d'en avoir été inſtruits.

Le ſecond Concile de Tours, tenu en 567, ſous le Roi Cherebert, confirme à l'égard de la défenſe des mariages entre parents, les canons des Conciles *Epaunenſe* & *Arvernenſe*.

Le Concile d'Auxerre, tenu ſous le Roi Chilperic, l'an 578, canon 31, dit, *non licet conſobrinam, hæc eſt quæ de duobus fratribus aut de duabus ſororibus procreatur, in conjugium accipere, nec qui de ipſis nati fuerint in conjugio ſortientur.*

Contre ces Conciles du ſixieme ſiecle, qui défendent les mariages des iſſus de germains, on oppoſera peut-être que S. Grégoire, dans ſa lettre à Auguſtin, écrite ſur la fin de ce ſiecle, ou peut-être même au commencement du ſeptieme, borne la défenſe des mariages au degré des couſins-germains, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 127.

Mais il y a lieu de croire que c'eſt par condeſcendance pour ces peuples nouvellement convertis à la foi, qu'il leur permet le mariage entre couſins au troiſieme degré; c'eſt-à-dire, iſſus de germains : *Neceſſe eſt*, dit-il, *ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter ſibi jungi debeat.*

Il réſulte de ces termes, *tertia vel quarta*, que ſaint Grégoire, en ne permettant à ces peuples le mariage entre parens qu'au *troiſieme degré tout au plus*, il les exhorte à ne ſe le permettre qu'au quatrieme degré.

140. La diſcipline ſur l'extenſion de la défenſe du mariage entre parens, juſqu'aux couſins du troiſieme degré, c'eſt-à-dire, juſqu'aux iſſus de germain inclusivement, continua dans le ſeptieme ſiecle. Le cinquieme Concile de Paris, tenu l'an 615, canon 14, déclare inceſtueux le mariage qu'un homme contracteroit avec ſa couſine-germaine, & même avec ſa couſine au troiſieme degré : *Si quis.... conſobrinam, ſobrinam..... conjungi crediderit conſortio, violandam.....*

Le Roi Clotaire II, avoit aſſemblé dans ce Concile les Evêques de tous ſes Etats, & ſoixante-dix-neuf Evêques y aſſiſterent; c'eſt pourquoi il eſt appellé le Concile général par le Concile de Reims, qui fut tenu quelque temps après. Le Roi Clotaire en confirma les actes par un Edit qui eſt rapporté en fin de ces actes dans le cinquieme Tome des Conciles du Pere Labbe; au moyen de quoi, le mariage entre les couſins au troiſieme degré, ſe trouva défendu en France par la loi du Prince, auſſi-bien que par l'Egliſe.

Néanmoins dans les Capitulaires du Roi Dagobert, ſucceſſeur immédiat de

de Clotaire, qui ſont une eſpece de Code, diviſé en trois parties, que ce Prince fit faire l'an 631, des loix des Rois Thierry, Childebert & Clotaire, ſes prédéceſſeurs, pour les différens peuples ſoumis à l'Empire François, nous liſons dans la troiſieme partie, intitulée *lex Bajuvariorum*, au Tom. 6, cap. 1, *uxorem habere non licet ſocrum, &c..... filii fratrum, filii ſororum, nullâ præſumptione jungantur; ſi quis contrà hæc fecerit, à loci judicibus ſeparetur.* La défenſe n'eſt pas étendue au-delà.

Il y a lieu de croire que c'eſt par condeſcendance que Dagobert reſtreignit au degré des couſins-germains, en faveur de ces *Bajuvarii*, la défenſe des mariages entre parens, qui s'étendoit juſqu'au troiſieme degré, par les canons du cinquieme Concile de Paris, & par l'Edit du Roi Clotaire II, comme nous venons de le voir ci-deſſus.

141. Sur la fin du ſeptieme ſiecle, la défenſe des mariages entre parens, qui ne paſſoit pas le troiſieme degré, c'eſt-à-dire, celui des couſins iſſus de germains, s'étendit au quatrieme degré. C'eſt ce qui paroît par le treizieme canon du Pénitentiel de Théodore de Cantorbery, qui eſt de la fin du ſeptieme ſiecle, & que nous avons rapporté *ſuprà*, *n.* 127; il y eſt dit: *In tertiâ propinquitate carnis ſecundùm Græcos licet nubere, in quintâ ſecundùm Romanos.* Donc le mariage étoit déja défendu à Rome au quatrieme degré, puiſqu'il n'étoit permis qu'au cinquieme, quoiqu'on le tolérât dans le quatrieme, & même dans le troiſieme, lorſqu'il avoit été fait par ignorance & de bonne foi; c'eſt pourquoi le canon ajoute: *Qui tamen in tertiâ propinquitate facta non ſolverint, ſi antea ab inſcientibus compacta fuiſſent.*

142. Dans le huitieme ſiecle, Grégoire II, dans le Concile Romain tenu l'an 721, défendoit les mariages entre parens, d'une maniere illimitée. Le Concile après avoir dit dans le canon huitieme; *Si quis conſobrinam duxerit in conjugium, anathema ſit*, ajoute dans le canon neuvieme, d'une maniere illimitée: *Si quis de propriâ cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema ſit, & reſponderunt omnes tertio, anathema ſit.*

Zacharie, l'un de ſes ſucceſſeurs dans le même ſiecle, dans la ſeptieme de ſes lettres adreſſée à Pepin, Maire du Palais, & qui eſt rapportée au ſixieme Tome des Conciles du Pere Labbe, défend auſſi le mariage entre parens, d'une maniere illimitée, & tant que la parenté peut ſe connoître. Il dit dans cette lettre, *cap.* 22, *Nos..... dicimus ut dum uſque ſeſe generatio cognoverit, juxtà ritum & normam chriſtianitatis & religionis non copuletur conjugiis.*

Cette défenſe illimitée des mariages entre parens, avoit de grands inconvéniens. Grégoire II, qui l'avoit portée dans le Concile Romain, les reconnut lui-même; car dans une réponſe qu'il fit peu de temps après à Boniface, Achevêque de Mayence, qui l'avoit conſulté ſur pluſieurs points de diſcipline, il détermine au quatrieme degré, l'étendue de la défenſe des mariages entre parens.

La lettre décrétale qui contient cette réponſe, eſt la treizieme des lettres de ce Pape, dans la collection des Conciles du Pere Labbe, Tom 6. Il y eſt dit, art. 1, *In primis legebatur in quotâ progenie propinquorum matrimonium copuletur? Dicemus quod oportuerat quidem, quandiu ſe agnoſcunt affinitate pro-*

*pinquos , ad hujus copulæ non accedere ſocietatem : ſed quia temperantia magis ; & præſertim in tam barbara gente plus placet , quam diſtrictio cenſuræ , concedendum eſt ut poſt quartam generationem jungantur.*

Il n'eſt pas douteux que ces termes , *poſt quartam generationem* , doivent s'entendre ſelon la maniere du Droit canonique de compter les degrés. Nous avons vu *ſuprà* , *n.* 129 , qu'elle étoit établie dans ce ſiecle ; & d'ailleurs il eſt évident que Grégoire II , qui tenoit pour principe que toute parenté étoit un empêchement de mariage , ne l'auroit pas bornée au quatrieme degré , ſuivant la maniere de compter du Droit civil , qui eſt celui des couſins-germains.

Les Conciles qui furent tenus en France dans le huitieme ſiecle , prirent auſſi le parti de limiter le degré dans lequel les mariages entre parens ſeroient défendus , & d'en étendre néanmoins la défenſe juſqu'au quatrieme degré incluſivement.

Le Concile de Verberie , *Vermerienſe* , tenu l'an 752 , en préſence du Roi Pepin , les défend juſqu'au quatrieme degré ; de maniere néanmoins qu'il n'y eût que les degrés qui précédoient le quatrieme , qui formaſſent un empêchement dirimant , & que le quatrieme formât ſeulement un empêchement prohibitif. Voici les termes de ce Concile , canon 10 : *In tertio geniculo ſeparentur ..... in quarta conjunctione ſi inventi fuerint , eos non ſeparamus , ſed pœnitentiam indicimus ; attamen ſi factum non fuerit , nullam facultatem conjungendi in quarta generatione damus.*

Il ſuffiſoit même , ſuivant le Concile de Compiegne , tenu cinq ans après , pour que la parenté formât un empêchement dirimant , que l'un des conjoints fût au troiſieme degré , quoique l'autre ne fût qu'au quatrieme. Voici les termes du Concile , *cap.* 10 : *Si in quarta progenie reperti fuerint conjuncti , non ſeparantur ; in tertia ſi reperti fuerint , ſeparantur ; & eos qui unus in quarta , alius in tertia ſibi pertinent , & conjuncti inveniuntur , ſeparamus.*

Ce Concile avoit été tenu ſous le Roi Pepin , l'an 757 , *in generali populi conventu* , comme porte le titre.

Charlemagne , dans ſon Capitulaire de la Loi Salique , publié l'an 798 , confirma ce qui avoit été réglé pour la défenſe des mariages entre parens , par les Conciles tenus ſous le regne de Pepin ſon pere , en prononçant des peines contre les contrevenans : il y eſt dit ; *Si quis ſororem aut fratris filiam , aut certè alterius gradûs conſobrinam , aut fratris uxorem aut avunculi , ſceleratis nuptiis ſibi junxerit , huic pœnæ* , ( id eſt mulctæ mille & ducentorum denariorum de qua cap. præced. ) *ſubjaceat , atque etiam ſi filios habuerint , non habeantur legitimi heredes , ſed infamiâ ſint notati.*

Remarquez qu'il n'eſt pas dit ſimplement *conſobrinam* , ce qui ne ſignifieroit que la couſine-germaine ; mais il eſt dit , *Alterius gradûs conſobrinam* , ce qui ſignifie couſine dans quelqu'autre degré défendu par les Conciles.

143. La même diſcipline avoit encore lieu dans le neuvieme ſiecle. La défenſe du mariage entre parens , étoit encore bornée au quatrieme degré ; ſauf qu'on rendit pour l'avenir empêchement dirimant de mariage , la parenté , qui n'étoit auparavant dans ce degré , qu'un empêchement prohibitif.

C'eſt ce qui eſt porté par le canon cinquante-quatre du Concile de Mayence, tenu ſur la fin du regne de Charlemagne, l'an 813 : *Contradicimus quoque ut in quarta generatione nullus amplius conjugio copulętur ; ubi autem poſt interdictum, factum fuerit, ſeparetur.*

Les termes dont ſe ſervent les Peres de ce Concile, dans la lettre par laquelle ils en adreſſent les actes à Charlemagne, ſont trop remarquables pour les omettre ici : ils reconnoiſſent, dans les termes les moins équivoques, l'autorité que Dieu a donnée aux Princes ſéculiers ſur ce qui concerne la diſcipline eccléſiaſtique. Voici comme ils s'expliquent : *De his omnibus valdè indigemus veſtro adjutorio atque ſanâ doctrinâ, quæ & nos jugiter admoneat atque clementer erudiat, quatenùs ea quæ paucis ſubter perſtrinximus capitulis, à veſtra auctoritate firmentur, ſi tamen veſtra pietas ita dignum eſſe judicaverit ; & quidquid in eis emendatione dignum reperitur, veſtra magnifica imperialis dignitas jubeat emendare, ut ita emendata nobis omnibus & cunctæ chriſtianæ plebi ac poſteris noſtris proficiant ad vitam, ſalutem, & ad gloriam ſempiternam.*

144. Ce n'eſt qu'à la fin du neuvieme ſiecle, que nous commençons à voir la défenſe des mariages entre parens, étendue juſqu'au ſixieme & ſeptieme degré.

Le Concile de Wormes, tenu en 868, ſous Charles-le-Chauve, n'étendoit pas encore cette défenſe au-delà du quatrieme degré. Le canon 78 de ce Concile, eſt copié mot pour mot ſur le cinquante-quatrieme canon de celui de Mayence, rapporté ci-deſſus.

Mais depuis, la défenſe des mariages entre parens, ne tarda pas longtemps à être étendue juſqu'au ſeptieme degré.

Ce fut au ſecond Concile *Duziacence*, convoqué par Charles-le-Chauve, & tenu à Douzy, bourg ſitué à une lieue de Sédan, aux ides de Juillet (1) 814.

C'eſt ce qui paroît par une Lettre ſynodale de ce Concile, écrite aux Evêques d'Aquitaine, qui eſt rapportée au neuvieme Tome des Conciles du Pere Labbe. Elle commence ainſi : *Sancta Synodus plurimarum provinciarum nutu divino & ſanctione Domini Caroli Regis glorioſi apud Duziacum ſecùs municipium Moſomum Remenſis provinciæ, in die nomine anno Incarn.* 874, *convocata ; Dilectis fratribus, & venerabilibus conſacerdotibus noſtris in provinciis Aquitaniæ regionis ſanctas Eccleſias gubernantibus, plurimam in Salvatore ſalutem.* Les Peres du Concile diſent enſuite, qu'ils ont appris que dans l'Aquitaine, pluſieurs perſonnes nobles contractoient des mariages inceſtueux, en s'autoriſant d'une lettre de ſaint Grégoire à Auguſtin, Evêque des Anglois, par laquelle ce Pape bornoit au ſecond degré la défenſe des mariages entre parens, & les permettoit au troiſieme & au quatrieme. Ce n'eſt, diſent les Peres de ce Concile, qu'une condeſcendance que ſaint Grégoire a eue pour un peuple nouvellement converti à la foi, qui ne doit pas être tirée à conſéquence. Saint Grégoire, ajoutent-ils dans une réponſe qu'il a

(1) C'eſt de ce Concile qu'il faut entendre ce que dit Aimoin, v. 31 : *Generale placitum idibus Junii hoc anno à Carolo Rege in villâ Duziâ celebratum.*

faite à Felix, Evêque (1) de Meſſine, qui lui avoit reproché ce violement de la diſcipline, dont il n'y avoit pas d'exemple, a reconnu que ſelon les regles de l'Egliſe, les mariages étoient défendus entre parens juſqu'au ſeptieme degré, & que la condeſcendance qu'il avoit eue en les permettant dans des degrés plus proches, aux Anglois nouvellement convertis, n'étoit qu'*ad tempus*, juſqu'à ce qu'ils fuſſent affermis dans la foi. En conſéquence, les Peres du Concile exhortent les Evêques d'Aquitaine à empêcher, de tout leur pouvoir, les mariages inceſtueux, & ils déclarent tels tous ceux qui ſont contractés entre parens en quelque degré qu'ils ſoient, qui ait un nom de parenté : *Tamdiu*, diſent-ils, *ut chriſtiana Religio & auctoritas ſanctæ Eccleſiæ ſanciit, conjugia inter proximos vitanda ſunt, quamdiu neceſſitudinum nomina perſeverant, quoniam nunquam chriſtianis convenit, ut duæ aut tres neceſſitudines, ut Beatus* (2) *Auguſtinus ait, in homine uno fiant.*

D'où les Peres du Concile concluent que les mariages ne peuvent être permis qu'au-delà du ſeptieme degré de parenté, *propinquitatis conjugia ultrà ſeptimum gradum differenda*, chacun des ſept degrés de parenté ayant ſon nom de parenté particulier ; le premier degré étant celui des freres & ſœurs ; le ſecond, celui de leurs enfans, *fratrum ſororumve filii aut filiæ*, qui ſont entr'eux couſins-germains ; le troiſieme, celui des *fratrum ſororumve nepotes & neptes ;* le quatrieme, celui des *fratrum ſororumve pronepotes aut proneptes ;* le cinquieme, celui des *fratrum ſororumve abnepotes aut abneptes* ; le ſixieme, celui des *fratrum ſororumve atnepotes aut atneptes* ; & enfin le ſeptieme, celui des *fratrum ſororumve trinepotes aut trineptes.*

C'eſt à cette époque du Concile de Douzi, qu'on doit fixer pour la France l'étendue de la défenſe des mariages entre parens juſqu'au ſeptieme degré.

Il eſt vrai que dans les trois derniers livres des Capitulaires de Charlemagne & de Louis-le-Débonnaire, recueillis vers le milieu du neuvieme ſiécle, par Benedictus-Levita, pour ſervir de ſupplément aux quatre premiers livres que l'Abbé Andegiſile avoit recueillis du vivant de Louis-le-Débonnaire, nous trouvons quelques articles qui font mention de la défenſe des mariages entre parens juſqu'au ſeptieme degré

Tel eſt l'article 130 du ſixieme livre, où il eſt dit : *Chriſtiani ex propinquitate ſui ſanguinis uſque ad ſeptimum gradum connubia non ducant, nec ſine benedictione Sacerdotis nubere audeant.*

Ces termes, *uſque ad ſeptimum gradum*, paroiſſent plus que ſuſpects d'avoir été ajoutés & interpolés : 1°. parce que dans les articles 327 & 408, où ce Capitule eſt répété (3) dans les mêmes termes, ces mots *uſque ad ſep-*

(1) La prétendue Lettre de Félix de Meſſine, & la prétendue réponſe de S. Grégoire à à cette Lettre, qui n'étoient pas alors ſuſpectées, avoient induit en erreur les Peres du Concile de Douzi, ſur l'étendue de la défenſe des mariages entre parens juſqu'au ſeptieme degré. On a reconnu, à l'aide de la critique, que cette Lettre de Félix étoit une piece ſuppoſée, & que la réponſe de S. Grégoire, ſi elle n'étoit pas auſſi ſuppoſée, étoit néanmoins conſidérablement altérée & interpolée. Ce qui y eſt dit de la défenſe des mariages, fait partie des interpolations.

(2) *Lib. 15. de Civit. Dei.*

(3) *Benedictus-Levita*, dans la Préface qui eſt en tête de ſon Recueil, avertit ſes Lecteurs de ces répétitions : *Monemus Lectores ut ſi eadem Capitula duplicata vel triplicata repe-*

*timum gradum*, ne ſe trouvent point : 2°. parce que le Concile de Wormes tenu ſous Charles-le-Chauve, ayant borné au quatrieme degré, la défenſe des mariages entre parens, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 144, il n'eſt pas vraiſemblable que les Empereurs précédens aient étendu plus loin cette défenſe ; car s'ils l'avoient fait, les Peres du Concile de Wormes n'auroient pas manqué de s'y conformer.

Il faut dire la même choſe à l'égard de l'article 229 du ſixieme livre, où il eſt dit : *In quarta propinquitate carnis, quintâ ſextâque non licet nubere, ſicut in lege ſcriptum eſt : omnis homo ad propinquam ſanguinis ſui non accedat, ut revelet turpitudinem ejus, id eſt, uſque ad ſeptimum gradum*, &c.

Les mots *uſque ad ſeptimum gradum*, & les mots *quintâ ſextâque*, nous paroiſſent pareillement avoir été ajoutés & interpolés, par la raiſon que nous avons ci-deſſus dite.

C'eſt pourquoi, c'eſt à l'époque du Concile de Douzi, dans le déclin du neuvieme ſiecle, qu'il faut s'en tenir, pour l'étendue de la défenſe juſqu'au ſeptieme degré en France.

145. En Angleterre, où le ſecond Concile Romain, tenu ſous Grégoire II, avoit été reçu, puiſque le canon de ce Concile, qui défend le mariage entre parens, ſe trouve dans le recueil des canons, fait par Egbert, Archevêque d'York, dans le huitieme ſiecle, *art.* 135, on jugea auſſi à propos de déterminer la défenſe illimitée portée par ce Concile, & de la borner au cinquieme degré incluſivement.

Les mariages n'étoient pas encore défendus en Angleterre au-delà de ce degré, dans le déclin du dixieme ſiecle.

C'eſt ce qui paroît par le cinquieme canon du Synode de Northumberland, où il eſt dit : *Prohibemus ut nemo matrimonium contrahat infrà gradum ſeu geniculum quartum.* Il étoit donc encore permis au quatrieme ? Les canons de ce Synode ſont rapportés au neuvieme Tome des Conciles du P. Labbe.

Mais dans le onzieme ſiecle, la défenſe des mariages entre parens y fut étendue juſqu'au ſixieme degré,

C'eſt ce qui paroît par les Loix du Roi Canut, ſur la diſcipline eccléſiaſtique, publiées l'an 1032. Il y eſt dit, *cap.* 7 : *ne Chriſtianâ fide tinctus, intrà ſexum ſuæ cognationis gradum nuptias contrahat.*

Il paroît par les Décrétales d'Alexandre II, que nous avons rapportées *ſuprà*, *n.* 130, que dans ce ſiecle, c'étoit un principe univerſellement reçu, que la défenſe des mariages entre parens devoit s'étendre juſqu'au ſeptieme degré, ou du moins juſqu'au ſixieme. Ceux qui la bornoient au ſixieme, ſe fondoient ſur ce que le monde & la vie des hommes ſont diviſés en ſix âges, d'où ils concluoient qu'on devoit compter ſix degrés ſeulement dans la parenté : *Sicut totius mundi ſex ætates exiſtunt, & humanæ vitæ totidem ſex, ita & ex conſanguinitate ſex tantummodò autumnant computandas eſſe generationes.* Ce Pape remarque que ceux qui bornoient la parenté au ſixieme degré, ne commençoient à la compter que depuis les enfans des freres ; c'eſt-à-dire, les couſins-germains, qu'ils plaçoient

---

*rerint, non hoc noſtræ imperitiæ reputent, quia diverſis ea in Scedulis invenimus, & tam citò hæc emendare nequivimus.*

dans le premier degré, au moyen de quoi ils donnoient la même étendue à la parenté, que ceux qui l'étendoient au ſeptieme degré, en comptant les frères pour le premier degré. D'autres, en convenant que la défenſe des mariages entre parens devoit s'étendre au ſeptieme degré, ſoutenoient que les degrés devoient ſe compter, ſuivant l'ancienne maniere de les compter du Droit civil; ce qui bornoit la défenſe aux parens du trois au quatre, leſquels, ſuivant la maniere de compter du Droit civil, ſont au ſeptieme degré. Cette opinion fut, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, condamnée dans les Conciles Romains, tenus par Alexandre II, & fut appellée l'héréſie des inceſtueux.

146. Cette diſcipline, qui étendoit la défenſe des mariages entre parens, étoit ſujette à de très grands inconvéniens; elle donnoit lieu à de fréquentes demandes en caſſation de mariage, ſous prétexte de quelque parenté éloignée, que des perſonnes dégoûtées de leur mariage, découvroient ou ſuppoſoient.

Elle dura néanmoins juſqu'au treizieme ſiecle. Innocent III, dans le Concile général de Latran, tenu l'an 1215, l'abrogea, & borna la défenſe des mariages entre parens au quatrieme degré : *Non debet*, dit ce Pape, *reprehenſibile judicari, ſi ſecundùm varietatem temporum, ſtatuta quandòque varientur humana, præſertim, cùm urgens neceſſitas aut evidens utilitas id expoſcit... prohibitio copulæ conjugalis quartum conſanguinitatis & affinitatis gradum de cætero non excedat, quoniam in ulterioribus gradibus jam non poteſt abſque gravi diſpendio generaliter obſervari.* Il ajoute une autre raiſon, qui ſe reſſent fort du mauvais goût de ce ſiecle : *Quaternarius verò numerus*, dit-il, *benè congruit prohibitioni conjugii corporalis de quo dicit Apoſtolus quod vir non habet poteſtatem ſui corporis, ſed mulier; nec mulier habet poteſtatem ſui corporis, ſed vir, quia quatuor ſunt humores in corpore qui conſtant ex quatuor elementis.*

147. Le Concile de Latran ayant fixé la défenſe des mariages entre parens juſqu'au quatrieme degré incluſivement, on fit la queſtion de ſçavoir, ſi le mariage étoit permis entre parens, dont l'un ſeroit au quatrieme, & l'autre au cinquieme. Le Pape Grégoire IX a décidé cette queſtion pour l'affirmative, & il a établi pour regle que dans la ligne de parenté collatérale inégale, le degré de parenté entre deux parens devoit être compté & fixé par le nombre des générations qu'il y avoit depuis leur ſouche commune juſqu'à celui des deux parens qui en étoit le plus éloigné. Cette déciſion ſe trouve au Chapitre dernier, *ext. de conſang.* où il eſt dit : *Vir qui à ſtipite quarto gradu, & mulier quæ ex alio latere diſtat quinto, ſecundùm regulam approbatam quæ dicitur, quoto gradu remotior differt à ſtirpe, & à quolibet per aliam perſonam deſcendentium ex eodem* ( *diſtare inter ſe intelligitur* ) *licitè poſſunt matrimonialiter copulari.*

Il n'eſt pas douteux, ſuivant ce principe, que non-ſeulement un couſin au quatre, mais un couſin au trois, & même au deux, peut épouſer ſa couſine qui eſt au cinquieme degré : *Poteſt quis ducere uxorem, pronepotem conſobrini ſui.*

148. En eſt-il de même d'un oncle & d'une tante? Puis-je épouſer une fille de la deſcendance de mon frere, quoiqu'elle ſoit au cinquieme degré de

notre ſouche commune ? Puis-je épouſer *abneptem fratris mei ?* Covarruvias décide l'affirmative, & il eſt ſuivi par l'Auteur des Conférences de Paris : j'aurois de la peine à ſouſcrire à cette déciſion. Il y a une autre raiſon que la proximité du degré, qui empêche le mariage entre ces perſonnes ; cette raiſon eſt que ces perſonnes, comme le dit Juſtinien ( *Inſt. de nupt.* v. 5, ) *parentum loco habentur ;* un oncle tient lieu de pere à ſes nieces, petites-nieces, & à toute la poſtérité de ſes freres : une tante tient lieu de mere à ſes neveux & à toute la poſtérité de ſes freres & ſœurs. C'eſt pourquoi, quoique Juſtinien permît le mariage entre parens dans le quatrieme degré, ſuivant la maniere de compter du Droit civil, & qu'un grand-oncle & une grand'tante fuſſent dans le quatrieme degré, & par conſéquent dans le degré permis, il ne permettoit point néanmoins le mariage du grand-oncle avec ſa petite-niece, ni du petit-neveu avec ſa grand'tante : *quia parentum loco habentur.* Par la même raiſon, le mariage ne doit pas être permis entre un oncle & ſon arriere-niece, en quelque degré éloigné que ſoit ſa niece.

149. La déciſion du Concile de Latran, qui a fixé au quatrieme degré incluſivement la défenſe de mariage entre parens, a toujours été depuis obſervée, & l'eſt encore aujourd'hui dans toute l'Egliſe Latine, auſſi-bien que la déciſion de Grégoire IX, ci-deſſus rapportée, pour régler le degré de parenté entre couſins dans la ligne inégale.

Il nous reſte à obſerver que pour que la parenté forme un empêchement dirimant de mariage, il n'importe qu'elle ſoit une parenté légitime, ou qu'elle procede d'unions illégitimes ; car ce n'eſt que la proximité du ſang qui eſt à cet égard conſidérée : *Nihil intereſt ex juſtis nuptiis cognatio deſcendat, an verò non ; nam & vulgò quæſitam ſororem quis vetatur uxorem ducere* ; L. 24, ff. *de rit. nupt.*

## ARTICLE II.

### *De l'empêchement qui réſulte de l'affinité.*

Nous expliquerons dans un premier paragraphe, ce que c'eſt que l'affinité proprement dite ; nous verrons dans un ſecond, dans quelles lignes & dans quels degrés l'affinité forme un empêchement de mariage, & quels ont été les différens changemens de diſcipline à cet égard. Nous expliquerons dans un troiſieme, quels étoient les genres d'affinités qui ont été abrogés par le Concile de Latran : nous traiterons dans un quatrieme, de l'eſpece d'affinité qui naît d'une union illicite.

### §. I.

### *Ce que c'eſt qu'affinité.*

150. L'affinité proprement dite, eſt le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage, & les parens de l'autre conjoint : *Neceſſitudo inter unum è conjugibus & alterius conjugis cognatos.*

Selon cette définition, tous les parens du mari ſont les affins de ſa femme ; & tous les parens de la femme ſont les affins du mari : pareillement

j'ai pour affins les maris de mes parentes, & les femmes de mes parens.

*Affines sunt* ( dit le Juriſconſulte Modeſtinus ) *viri & uxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diverſæ inter ſe sunt, per nuptias copulantur & altera ad alterius cognationis finem accedit*; L. 4, §. 3, ff. *de grad. & affin.*

151. Quoiqu'il n'y ait pas proprement de lignes ni de degrés dans l'affinité, les affins ne deſcendant pas d'une même ſouche, *gradus affinitatis nulli sunt*; d. l. 4, §. 5; néanmoins, dans un ſens moins propre, on y diſtingue auſſi des lignes & des degrés.

L'affinité de l'un des conjoints par mariage, avec les parens de l'autre conjoint, eſt cenſée être dans la même ligne, & au même degré qu'eſt leur parenté avec l'autre conjoint.

152. Le Droit civil fait réſulter l'affinité du mariage; *Conjungendæ affinitatis cauſa fit ex nuptiis*; d. L. 4, §. 3.; il ne diſtingue pas s'il a été conſommé ou non.

Le Droit canonique l'a fait réſulter de la conſommation du mariage par le commerce charnel. La raiſon eſt priſe de la Loi du Lévitique, qui défend le mariage avec la femme de notre parent, parce qu'elle eſt devenue une même chair avec lui : *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui eſt.*

Delà il ſuit que lorſqu'un mariage a été diſſous avant la conſommation, il n'y a pas proprement d'affinité entre l'un des conjoints & les parens de l'autre; mais il y a une autre eſpece de relation entre ces perſonnes, qui, par une raiſon d'honnêteté publique, forme entr'elles un empêchement de mariage, tel que celui de l'affinité, comme nous le verrons *infrà, art.* 5.

## §. II.

### *Quelles affinités forment un empêchement dirimant de mariage. Changement de diſcipline à cet égard.*

153. L'affinité dans la ligne directe, en quelque degré qu'elle ſoit, eſt un empêchement dirimant de mariage par le droit naturel. La loi du Lévitique punit de mort le mariage ou commerce charnel entre des perſonnes qui ſe touchent d'affinité dans cette ligne : *Qui dormierit cum novercâ ſuâ & revelaverit ignominiam patris ſui, morte moriatur*; Lévit. 20, v. 11. *Si quis dormierit cum nuru ſuâ, uterque moriatur*; v. 12.

154. L'affinité de la ligne collatérale étoit auſſi, par la loi du Lévitique, à l'égard de certaines perſonnes, un empêchement de mariage. Cette loi défendoit d'épouſer la femme de ſon frere : *Qui duxerit uxorem fratris, rem facit illicitam*, ( 1 ) Lévit. 20, 21; & au chapitre 18, v. 16. *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui eſt*; c'étoit le crime dont ſaint

(1) Sauf dans le cas auquel elle n'auroit laiſſé aucuns enfans, auquel cas le frere du défunt, non-ſeulement pouvoit, mais devoit l'épouſer, *ad ſuſcitandum ſemen fratri ſuo.* Deuteron. xxv. 5.

Jean-Baptiſte

Jean-Baptiſte reprit Hérode, qui avoit épouſé Hérodiade, veuve de ſon frere. Saint Jean diſoit à Hérode, *non licet tibi habere eam*; Math. XIV. v. 4.

La loi du Lévitique défendoit auſſi le commerce charnel avec la femme de ſon oncle : *Qui coierit cum uxore patrui vel avunculi ſui, & revelaverit ignominiam cognationis ſuæ, portabunt ambo iniquitatem ſuam.* v. 20.

La même défenſe ſe trouve au chapitre 18, v. 19, où il eſt dit : *Turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus quæ tibi affinitate conjungitur.* Janſénius, ſur ce texte, obſerve très-bien, que ce qui eſt dit, *nec accedes*, &c. eſt l'explication de ce qui précede *turpitudinem patrui tui non revelabis*, & que c'eſt la femme de l'oncle, qui eſt en cet endroit appellée *turpitudo patrui*; *quia facta eſt una caro cum patruo.*

155. Par les Loix Romaines, l'affinité dans la ligne directe a, en tous les degrés, toujours été un empêchement dirimant de mariage; *L.* 14, *ff. de rit. nupt.*

Le mariage n'étoit point défendu par les Loix Romaines, entre les perſonnes qui ne ſe touchoient d'affinité que dans la ligne collatérale, juſqu'à la loi de l'Empereur Conſtance, qui défendit, comme inceſtueux, le mariage avec la veuve de ſon frere ou avec la ſœur de ſa défunte femme; *L.* 2, *Cod. Th. de inceſt. nupt.*

Cette loi fut renouvellée par Valentinien & Théodoſe: *fratris uxorem ducendi, vel duabus ſororibus conjungendi, penitus licentiam ſummovemus, nec diſſoluto quocumque modo conjugio*; L. 5, *Cod. de inceſt. nup.*

Honorius contrevint à la loi de ſon pere, en épouſant ſucceſſivement les deux filles de Stilicon.

156. Nous ne trouvons, ni dans le code Théodoſien, ni dans le code de Juſtinien, aucune loi qui ait défendu le mariage dans d'autres degrés d'affinité de la ligne collatérale.

L'Auteur des Conférences de Paris, qui a cru trouver dans la loi 4, *Cod. Theod. de inceſt. nupt.* une défenſe de mariage entre une veuve & le couſin-germain de ſon mari, n'a pas entendu cette loi; il y eſt dit, *Tanquam inceſtum commiſerit habeatur, qui poſt prioris conjugis amiſſionem, ſororem ejus in matrimonium proprium crediderit ſortiendam : pari ac ſimili ratione, ſi quæ poſt interitum mariti in* GERMANI *ejus nuptias crediderit aſpirandum.*

Cet Auteur a cru que ces termes, *germani ejus*, ſignifioient ſon couſin-germain : c'eſt une bévue groſſiere; le terme *germanus* ſignifie en latin un frere, & non un couſin-germain, qui s'appelle *conſobrinus*; les termes de la loi, *pari ac ſimili ratione*, devoient lui faire faire attention à cette ſignification.

157. Avant que les Empereurs euſſent défendu le mariage entre un homme & la ſœur de ſa défunte femme, & celui d'une femme avec le frere de ſon défunt mari, l'Egliſe tenoit ces mariages pour inceſtueux, comme contraires à la loi du Lévitique.

C'eſt ce qui paroît par le ſecond canon du Concile de Néocéſarée, tenu ſous Conſtantin, l'an 314, qui porte : *mulier ſi duobus fratribus nupſerit, abjiciatur uſque ad mortem: verumtamen in exitu, propter miſericordiam, ſi promiſerit quod facta incolumis, hujus conjunctionis vincla diſſolvat, fructum pœnitentiæ conſequatur.*

Par la même raiſon, quoique les Empereurs n'euſſent pas fait la loi pour

défendre le mariage d'un neveu avec la veuve de ſon oncle, ce mariage étant pareillement défendu par la loi du Lévitique, l'Egliſe le regardoit comme inceſtueux.

Le Concile *Epaunenſe*, tenu l'an 517, ſous ſaint Sigiſmond, Roi des Bourguinons, rapporte au canon 20, entre les différentes unions inceſtueuſes, celle du neveu avec la veuve de ſon oncle : *Si quis relictæ avunculi miſceatur aut patrui.*

Le Concile de Clermont, *Arvernenſe*, tenu l'an 535, *can.* 12 ; le troiſieme Concile d'Orléans, tenu l'an 538, *can.* 10, portent la même choſe.

Le Concile d'Auxerre, tenu l'an 578, *can.* 32, dit auſſi, *non licet ut nepos, avunculi uxorem accipiat.*

158. Depuis, la diſcipline s'eſt établie que le mariage entre affins devoit être défendu dans tous les mêmes degrés dans leſquels il eſt défendu entre parents : la raiſon, dit-on, pour laquelle le mariage eſt défendu entre parents ; c'eſt parce qu'il eſt dit dans la loi du Lévitique : *Omnis homo ad propinquam ſanguinis ſui non accedet, ut non revelet turpitudinem ejus* : or, dit-on, la raiſon milite à l'égard des affins ; car la femme de mon couſin étant devenue par le mariage *una eademque caro* avec mon couſin, le mariage que je contracte avec elle après la mort de mon couſin, eſt inceſtueux, parce que par ce mariage, *revelatur turpitudo cognationis meæ.*

Pareillement, un mari devenant par le mariage *una eademque caro* avec ſa femme, le mariage qu'une couſine de ſa femme contracte avec lui, eſt inceſtueux ; parce que par ce mariage cette femme *revelat turpitudinem cognationis ſuæ.*

Il n'eſt pas bien certain quand cette diſcipline a commencé ; le ſoixante-unieme canon du Concile d'Agde n'eſt pas ſuffiſant pour établir qu'elle avoit déja lieu dans le commencement du VI^e^. ſiecle, puiſque, comme nous l'avons déja obſervé *ſuprà*, *n.* 238, ce canon eſt ſuſpect, & ne ſe trouve pas dans les anciens manuſcrits de ce Concile.

On ne peut pas non plus prouver par les canons des Conciles tenus dans le cours du ſixieme ſiecle, & que nous avons rapportés, que cette diſcipline fût déja établie dans ce ſiecle : ces canons déclarent inceſtueux le mariage du neveu avec la veuve de ſon oncle ; celui d'un couſin avec ſa couſine-germaine, ou même au troiſieme degré ; mais ils ne s'expliquent pas ſur le mariage d'un couſin avec la veuve de ſon couſin. Dira-t-on qu'ils comprennent ſous le terme *conſobrinam, ſobrinamve*, tant celles qui ſont couſines par affinité, que celles qui le ſont par parenté ? Mais il n'y a rien qui établiſſe cela.

Cette diſcipline étoit-elle déja établie au ſeptieme ſiecle ? Le Concile de Paris, tenu l'an 615, avoit-il déja défendu le mariage d'un couſin avec la veuve de ſon couſin ? La déciſion de la queſtion dépend de l'interprétation qu'on doit donner au canon quatorzieme de ce Concile : il y eſt dit ; *Inceſtas conjunctiones ab omni Chriſtianorum populo cenſuimus reſecari ; ita ut ſi quis relictam fratris, ſororem uxoris, conſobrinam ſobrinamve, vel* RELICTAM *item patrui, vel avunculi, vel in religionis habitu deditam, conjugii conſortio crediderit violandam, tandiù à communionis gratiâ ſegregetur, quandiù ab illicitis conjunctionibus ſequeſtratione manifeſtandâ debeat abſtinere.*

L'équivoque qui ſe trouve dans ce canon, tombe ſur ces mots, *vel relictam*, qui ſe trouvent après *conſobrinam ſobrinamve*. Dans le canon, tel que le rapporte le Pere Labbe, *tom.* 5, *pag.* 1652, on lit ſans virgule, *vel relictam item patrui vel avunculi*. Suivant cette leçon, ces termes, *vel relictam*, ſe rapportent à *patrui vel avunculi*; mais à quoi vient le mot *item?* Au contraire, ſi on met une virgule après ces mots, *vel relictam*, ils ſe rapporteront aux mots qui précedent *conſobrinam ſobrinamve*; & le ſens ſera: *ſi quis conſobrinam ſobrinamve vel relictam*, ſupple conſobrini ſobrinive, *item patrui vel avunculi*, ſupple relictam.

Suivant cette ſeconde leçon, qui me paroît la plus naturelle, le Concile auroit déclaré inceſtueux le mariage avec la veuve d'un conſin-germain ou iſſu de germain, & par conſéquent le ſyſteme qui défend le mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans leſquels il eſt défendu entre parents, paroîtroit déja avoir été reçu au temps de ce Concile. Au contraire, ſuivant la premiere leçon, le Concile n'auroit déclaré inceſtueux que le mariage du neveu avec la veuve de l'oncle, il n'auroit pas parlé de celui avec la veuve d'un couſin; & la déciſion n'auroit eu rien de différent de celle des Conciles du ſiecle précédent.

159. Le huitieme ſiecle nous fournit des monuments non-équivoques de la défenſe du mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans leſquels il eſt défendu entre parens. Gregoire Second, dans un canon du Concile Romain, tenu l'an 721, que nous avons rapporté *ſuprà*, *n.* 142, défend, d'une maniere illimitée, le mariage entre affins, de même qu'entre parents: *ſi quis de propria cognatione* VEL QUAM COGNATUS HABUIT, *duxerit uxorem, anathema ſit.*

Nous trouvons un autre monument de cette diſcipline dans le Concile de Compiegne, tenu ſous le Roi Pepin, l'an 757, *in generali populi conventu.* Ce Concile ordonne par le premier canon que nous avons rapporté *ſupra*, *n.* 42, de ſéparer les parens qui ſont mariés, lorſqu'ils ſont au troiſieme degré, & lorſque l'un eſt au troiſieme & l'autre au quatrieme; il ordonne enſuite la même choſe par le ſecond canon, à l'égard des affins dans les mêmes degrés: *Si duo in tertio loco ſibi pertinent, ſive vir, ſive fœmina, aut unus in tertio, alter in quarto, uno mortuo non licet accipere uxorem ejus, & ſi inventi fuerint, ſeparentur: una lex eſt de viris & de fœminis.*

Le Capitulaire de Charlemagne que nous avons rapporté *ſuprà*, *n.* 142, doit s'entendre conformément à la déciſion de ce Concile; en conſéquence, les termes de ce canon, *aut alterius gradûs conſobrinam*, doivent s'entendre en ce ſens: *Quomodocumque ſit conſobrina, ſive per propriam propinquitatem ſive per affinitatem.*

160. Depuis ce temps, les mariages entre affins ont toujours été défendus dans tous les mêmes degrés dans leſquels ceux entre parens l'étoient, & permis dans les mêmes degrés dans leſquels l'étoient ceux entre parens.

C'eſt pourquoi, lorſque la défenſe des mariages entre parens fut étendue au ſixieme & au ſeptieme degré, celle des mariages entre affins fut étendue aux mêmes degrés: les Loix Eccléſiaſtiques de Canut, Roi d'Angleterre, s'en expliquent bien formellement: il eſt dit, *cap.* 7, *ne quis fide Chriſtianâ tinctus*

*intrà ſextum ſuæ cognationis gradum nuptias contrahat, neve cui cum eo fuerat intrà ſextum gradum neceſſitudo viduam in matrimonium ducat, neque ei quam antè habuerat uxorem aliquam conſanguinitate propinquam in matrimonium ducat.*

Le Concile de Latran ayant borné au quatrieme degré la défenſe des mariages pour cauſe de parenté, l'a bornée au même degré pour cauſe d'affinité. C'eſt la diſcipline qui eſt aujourd'hui obſervée dans l'Egliſe.

## §. III.

### *Des genres d'affinité abrogés par le Concile de Latran.*

161. Les Canoniſtes, avant le troiſieme Concile de Latran, diſtinguoient trois différents genres d'affinité; le premier, étoit l'affinité qui eſt entre l'un des conjoints par mariage, & les parents de l'autre conjoint; laquelle affinité eſt l'affinité proprement dite: *neceſſitudo inter unum è conjugibus & alterius conjugis cognatos*, la ſeule qui fût connue par les Loix Romaines & dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, & dont nous avons parlé juſqu'à préſent.

Le ſecond genre d'affinité étoit l'affinité que les Canoniſtes avoient imaginée entre l'un des conjoints par mariage, & les affins de l'autre conjoint.

Le troiſieme genre étoit celui qu'ils avoient imaginé entre l'un des conjoints par mariage, & les affins du ſecond genre de l'autre conjoint.

Ceci ſe comprendra mieux par l'exemple qu'en donne la gloſe ſur le chapitre 8 *de conſanguinitate*: la femme de mon frere tient par affinité lieu de ſœur aux autres freres & ſœurs de mon frere, & à moi; cette affinité eſt l'affinité du premier genre, l'affinité proprement dite, *neceſſitudo inter unum è conjugibus & alterius conjugis cognatos.*

Si cette belle-ſœur, après la mort de mon frere, vient à ſe remarier, il ſe contracte une affinité entre ſon ſecond mari & moi, & mes freres & ſœurs, par laquelle il nous tient lieu de beau-frere: cette affinité n'eſt pas l'affinité du premiere genre; car nous ne ſommes pas les parents de ſa femme; mais nous ſommes les affins de ſa femme, nous ſommes les beaux-freres & les belles-ſœurs de ſa femme.

Si enſuite après la mort de notre belle-ſœur, ce ſecond mari de notre belle-ſœur vient à ſe remarier, il ſe contractera un troiſieme genre d'affinité, par laquelle ſa ſeconde femme nous tiendra lieu de belle-ſœur, parce que nous ſommes affins du ſecond genre d'affinité avec ſon mari.

Ces affinités du ſecond & du troiſieme genre formoient, avant le Concile de Latran, un empêchement dirimant de mariage, de même & dans les mêmes degrés que l'affinité du premier genre. Le Concile de Latran a abrogé la défenſe des mariages pour cauſe de ces deuxieme & troiſieme genres d'affinité; Voyez néanmoins en l'article 5, *infrà*, ce qui eſt dit de l'affinité du ſecond genre dans la ligne directe.

## §. IV.

### *De l'eſpece d'affinité qui naît d'une union illicite.*

162. Lorſque deux perſonnes ont commis enſemble une fornication, il naît de cette union illicite une eſpece d'affinité entre l'une de ces perſonnes & les parents de l'autre.

Elle eſt fondée ſur une raiſon ſemblable à celle ſur laquelle eſt fondée l'affinité proprement dite, qui naît d'un mariage conſommé: ces perſonnes, par le commerce charnel, quoiqu'illicite, qu'elles ont enſemble, deviennent *una caro*. Saint Paul le dit expreſſément en ſa premiert Epître aux Corinthiens, *ch. 6, v. 16, an neſcitis quoniam qui adhæret meretrici, unum corpus efficitur, erunt quoque duo in carne una.*

Cette eſpece d'affinité forme entre les perſonnes, entre leſquelles elle a été contractée, un empêchement dirimant du mariage qu'elles contracteroient enſuite.

Le Concile de Trente a reſtreint cet emdêchement au premier & au ſecond degré de cette affinité; & en cela elle eſt différente de l'affinité proprement dite qui naît du mariage conſommé, laquelle forme un empêchement de mariage juſqu'au quatrieme degré incluſivement, comme nous l'avons vu ci-deſſus.

Comme nous nous ſommes conformés ſur ce point à la diſcipline établie par le Concile de Trente, nous rapporterons les termes du décret de ce Concile qui l'établit. Au chap. 4 de la ſeſſion 24, il eſt dit: *Sancta Synodus graviſſimis de cauſis adducta, impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, & matrimonium poſteà factum dirimit, ad eos tantùm qui in primo & ſecundo gradu conjunguntur, reſtringit; in ulterioribus ſtatuit affinitatem, matrimonium poſteà contractum, non dirimere.*

On fait pluſieurs queſtions ſur cette eſpece d'affinité: 1°. ſi elle étoit connue dans le Droit Romain, & ſi elle y faiſoit un empêchement de mariage: 2°. ſi elle formoit un empêchement de mariage dans les premiers ſiecles de l'Egliſe: 3°. dans quels degrés cette affinité étoit un empêchement de mariage avant le Concile de Trente: 4°. ſi le Concile de Trente, en reſtreignant l'empêchement dirimant au premier & ſecond degré de cette affinité, a permis le mariage dans les degrés ſuivants: 5°. ſi cette affinité n'eſt un empêchement dirimant que lorſque le commerce criminel qui l'a formée, a été connu dans le public; & quelle preuve doit être recue de ce commerce: 6°. quel effet a l'affinité formée par un commerce illicite, que l'un des conjoints a eu pendant ſon mariage avec le parent ou la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a été contractée.

PREMIERE QUESTION.

*Si l'espece d'affinité qui naît d'une union illicite, étoit connue dans le Droit Romain ; & si elle formoit par ce Droit un empêchement de mariage.*

163. Le mariage d'une femme avec le pere ou le fils, avec qui elle a eu auparavant un commerce charnel illicite, est trop contraire à l'honnêteté naturelle qui doit régner dans les mariages, pour qu'on puisse douter que les Romains, qui en étoient si religieux observateurs, n'aient condamné de tels mariages. Nous ne trouvons néanmoins dans leurs loix aucun texte formel qui les condamne ; mais on peut tirer un argument de la loi 4, *Cod. de nup.* où il est dit: *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt.* Cette loi n'est pas à la vérité dans l'espece précise de la question ; car l'union qu'un homme avoit avec une femme, que les Romains appelloient *concubine*, n'étoit pas une union licite ; elle étoit expressément permise par les loix ; *concubinatus per leges nomen assumpsit*: elle étoit un vrai mariage, *individuam vitæ consuetudinem continens* ; sauf que ce mariage, qui n'étoit pas un mariage civil, ne donnoit pas à la femme le titre de *justa uxor*, ni aux enfans les droits de famille, comme nous l'avons vu *suprà n.* 7 : mais quoique cette loi ne soit pas précise pour notre espece, voici l'argument qu'on en peut tirer. La défense qui est faite par cette loi, du mariage entre les enfans & la concubine de leur défunt pere, n'est pas faite pour *cause d'affinité* ; car, comme nous l'avons vu ci-dessus, il n'y avoit que le mariage civil qui produisît l'affinité entre l'un des époux & les parents de l'autre, *affinitatis causa fit ex nuptiis* ; L. 4 ff. *de grad. & affin.* L'union qu'il y avoit eu entre cet homme & la femme qu'il avoit à titre de concubine, quoique permise par les loix, n'étant pas un mariage civil, *justæ nuptiæ*, & n'ayant pu par conséquent produire d'affinité entre cette femme & les enfants que cet homme avoit eu d'un précédent mariage, la défense du marirge ne peut avoir d'autre cause, que la raison d'honnêteté qui résulte du commerce charnel qu'il y avoit eu entre le pere de ces enfans & de cette femme : donc, suivant cette loi, le commerce charnel qui intervient entre un homme, est seul suffisant par lui-même pour produire un empêchement de mariage entre l'une des parties & les enfans de l'autre; & s'il produit cet empêchement, en tant qu'il est commerce charnel, il n'importe qu'il ait été licite ou illicite.

QUESTION II.

*Si dans les premiers siecles de l'Eglise, l'espece d'affinité qui naît d'une union illicite, formoit un empêchement de mariage.*

164. On a coutume de tirer argument pour cela du dernier canon du Concile d'Ancire, tenu l'an 304, où il est dit : *sponsam quidam habens, sororem ejus violavit, & gravidam reddidit, postmodùm desponsatam sibi duxit*

*uxorem, illa verò quæ corrupta est laqueo se peremit : hi qui fuerunt conscii, post decennem satisfactionem jussi sunt suscipi, secundum gradus pœnitentiæ constitutos.* Le mariage que l'homme, dont il eſt parlé dans ce canon, avoit contracté avec ſa fiancée, après avoir violé la ſœur de ſa fiancée, eſt rapporté parmi les crimes pour leſquels la pénitence de dix ans avoit été impoſée à tous ceux qui avoient eu part; & ce mariage ne pouvoit être regardé comme criminel, que par rapport à l'eſpece d'affinité que le commerce illicite, qu'il avoit eu auparavant avec la ſœur de ſa fiancée, lui avoit fait contracter avec ſa fiancée; donc au tems du Concile, le commerce charnel illicite que deux perſonnes avoient enſemble, formoit entre l'une de ces perſonnes & les pere, mere, freres & ſœurs de l'autre, une eſpece d'affinité & un empêchement de mariage.

## Question III.

*Si avant le Concile de Trente, l'eſpece d'affinité qui naît d'un commerce charnel illicite, formoit un empêchement de mariage dans tous les mêmes degrés que l'affinité proprement dite qui naît du mariage conſommé.*

165. Le Concile de Trente, en déclarant qu'il reſtreint cette eſpece d'affinité au premier & ſecond degré; *Sancta Synodus impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam induitur . . . . ad eos tantùm qui in priori & ſecundo gradu conjunguntur, RESTRINGIT*, fait aſſez clairement entendre que cette eſpece d'affinité formoit auparavant un empêchement dans les degrés ultérieurs, c'eſt-à-dire, dans les mêmes degrés que l'affinité proprement dite, d'autant plus que le Concile de Latran n'avoit établi aucune diſtinction entre l'affinité légitime & cette eſpece d'affinité.

La Décrétale d'Alexandre III, qui eſt au ch. 2, tit. *De eo qui cogn. conſang. uxoris*, de la premiere collection; & celle d'Urbain III, qui eſt au chap. dernier *de divort.* de la même collection, n'établiſſent pas le contraire. Ces Papes décident ſeulement que cette eſpece d'affinité, lorſqu'elle paſſe le ſecond degré, ne rompt pas le mariage durant lequel elle eſt contractée, & n'en interdit pas l'uſage; mais ils ne diſent pas que cette eſpece d'affinité dans ces dégrés, ne forme pas un empêchement à un mariage que les perſonnes qui l'ont contracté, voudroient depuis contracter enſemble.

On doit faire la même réponſe à ce que dit le Pape Innocent III. à la fin du chap. VI. *Ext. de eo qui cogn. conſang. uxor*, que quelques-uns de ſes prédéceſſeurs avoient diſtingué entre les degrés proches & les degrés éloignés; car ce Chapitre étant dans l'eſpece d'une affinité qu'une femme avoit contractée avec ſon mari par un commerce illicite qu'elle avoit eu malgré elle durant ſon mariage avec un parent de ſon mari, la diſtinction que quelques prédéceſſeurs d'Innocent III. avoient faite entre les degrés proches & les dégrés éloignés, ne concernoit que l'effet que devoit avoir l'affinité qui naît du commerce illicite, par rapport au mariage durant lequel elle avoit été contractée, & non celui qu'elle a par rapport à un mariage, que les perſonnes qui l'ont contractée, voudroient depuis contracter enſemble.

Il y a plus. Lorſque l'affinité proprement dite qui naît du mariage conſommé, formoit un empêchement de mariage juſqu'au ſeptieme degré, il y a lieu de croire que l'affinité qui naît d'un commerce illicite, en formoit pareillement un dans tous les mêmes degrés; c'eſt ce qui paroît par le Chapitre XXVI. de la neuvieme Partie du Décret d'Yves de Chartres, où il eſt dit: *Progeniem ſuam unumquemque uſque ad ſeptimam obſervare decrevimus generationem; & quandiu ſe agnoſcant affinitate propinquos, nec eam quam aliquis ex propria conſanguinitate conjugem habuit, vel aliquâ illicitâ pollutione maculavit, in conjugio ducere ulli Chriſtianorum licet.* Il eſt défendu à tout Chrétien, par ce canon d'épouſer ſa parente, ou celle qui a été la femme de quelqu'un de ſes parens, ou avec qui quelqu'un de ſes parens a eu commerce illicite; & la défenſe eſt faite juſqu'au ſeptieme degré. Quoique les Sçavants aient reconnu que la prétendue Lettre de ſaint Grégoire à Félix de Meſſine, d'où Yves de Chartres a tiré ce canon, ſoit une piece ſuppoſée, & vraiſemblablement fabriquée par Iſidore Mercator, dans la collection de qui Yves de Chartres l'avoit trouvée, elle ſert, toute fauſſe qu'elle eſt, à prouver qu'au temps d'Iſidore Mercator, & au temps d'Yves de Chartres c'étoit la diſcipline de l'Egliſe.

Ce canon ſe trouve auſſi au Décret de Gratien, partagé en deux, *cauſ.* 35, *q.* 2, *can.* 10. *& can.* 16.

## QUESTION IV.

*Si depuis le Concile de Trente, qui a reſtraint au premier & au ſecond degré de l'affinité qui naît du commerce illicite, l'empêchement de mariage, on peut licitement contracter mariage dans le troiſieme & quatrieme degré de cette affinité.*

166. Quelques Théologiens avoient trouvé de la difficulté ſur cette queſtion: ils penſoient qu'on pouvoit dire que le Concile n'ayant pas permis expreſſément le mariage dans le troiſieme & quatrieme degré de cette affinité, dans leſquels il étoit défendu auparavant, & ayant ſeulement dit qu'ils ne formeroient plus à l'avenir un empêchement dirimant, les mariages dans ces degrés, continuoient d'être défendus, & n'étoient pas licitement contractés, quoiqu'ils le fuſſent valablement.

Pie V, conſulté ſur cette queſtion, a décidé par ſa Bulle *ad Romanum Pontificem* de 1566, qui ſe trouve dans le Bullaire, que le mariage pouvoit être licitement contracté dans ces degrés. Sa déciſion paroît conforme à l'eſprit du Concile de Trente.

Lorſque le Concile de Latran a retranché trois degrés dans les empêchemens de parenté & d'affinité, on n'a pas douté que la parenté ou l'affinité dans les degrés retranchés, n'ait ceſſé d'être un empêchement prohibitif, auſſi-bien qu'empêchement dirimant. Par la même raiſon, on ne doit pas douter que cette eſpece d'affinité, qui naît d'un commerce illicite, ne doit former aucun empêchement ni dirimant, ni ſimplement prohibitif dans les degrés que le Concile de Trente a retranchés.

On

On peut faire la même queſtion à l'égard des degrés retranchés par ce Concile dans les empêchemens d'honnêteté publique de fiançailles, & d'alliance ſpirituelle; & on la doit décider de même.

## QUESTION V.

*Si l'affinité formée par un commerce charnel illicite entre une des perſonnes qui ont eu ce commerce, & les parens de l'autre, fait un empêchement dirimant de mariage dans les degrés prohibés, lorſque ce commerce a été tenu ſecret; & quelles preuves doit-on recevoir de ce commerce.*

167. L'affinité qui naît du commerce illicite, n'eſt un empêchement dirimant de mariage, que lorſque ce commerce eſt connu, & a éclaté dans le public. C'eſt pourquoi, ſi après avoir eu un commerce charnel illicite avec une femme, qui a été tenu ſecret, la fille ou la ſœur de cette femme contracte depuis de bonne foi mariage avec moi, je peche griévement en le contractant; mais ce mariage ne doit pas être annullé. C'eſt la déciſion du Pape Alexandre III. au chap. IV. du titre *De eo qui cognovit conſang.* de la premiere collection, dont voici les termes: *De eo qui mulierem quamdam cognovit, & filiam ejuſdem ſibi* POSTEA *in matrimonium copulavit, cui jam per decennium cohabitavit, tuæ prudentiæ reſpondemus, quòd ſi delictum ejus, ſicut nobis ſignificaſti, occultum exiſtit, pœnitentia ſibi condigna debet imponi, nec eſt ab uxore quæ tanti ſceleris inſcia eſt, ſeparandus; ſi autem id publicum & notorium eſſe dignoſcitur, ab uxore ſeparari debet, & perpetuò ſine ſpe conjugii permanere.*

De-là il ſuit que dans les demandes en caſſation de mariage pour cauſe de cette eſpece d'affinité qui naît d'un commerce illicite, les Juges peuvent bien admettre la preuve de ce commerce, lorſqu'il a été public & connu, comme dans l'eſpece de l'Arrêt du 20 Août 1664, qui caſſa un mariage ſur la preuve qui fut faite, que le mari, avant ce mariage, avoit entretenu publiquement la fille de ſa femme. Mais lorſque le commerce criminel a été ſecret, & n'a pas éclaté dans le public, les Juges n'en doivent point permettre la preuve, ni encore moins permettre d'obtenir des Monitoires pour en acquérir la connoiſſance.

Obſervez auſſi, que pour prouver ſuffiſamment qu'un homme a, auparavant ſon mariage, entretenu publiquement un commerce criminel avec une parente de ſa femme, il ne ſuffit pas d'établir que c'étoit le bruit du quartier, ſi d'autres preuves ne concourent: *Rumores viciniæ* (dit ſur cette queſtion le Pape Alexandre III.) *non eſt momenti uſque adeò validi judicandus, quòd, niſi rationabiles & fide dignæ probationes accedant, poſſit benè conſtitutum matrimonium irritari*; Cap. 4, *ext. de eo qui cognovit conſ.*

## Question VI.

*Quel effet a l'affinité formée par un commerce charnel illicite, que l'un des conjoints a eu pendant son mariage avec la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a été contractée.*

168. Le Concile de Trente ne regarde l'espece d'affinité qui naît d'un commerce illicite, comme un empêchement dirimant du mariage, qu'à l'égard seulement de celui que les parties qui l'ont contractée, voudroient contracter ensemble par la suite : c'est ce qui paroît par ces termes : *Sancta Synodus ..... impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, & matrimonium postea factum dirimit*, &c. Il n'est donc pas douteux que suivant le Concile de Trente, cette espece d'affinité ne rompt pas le mariage durant lequel elle est contractée.

Dès avant le Concile de Trente, le Pape Innocent III avoit décidé que l'affinité contractée durant le mariage par un commerce criminel que l'un des conjoints avoit eu avec le parent ou la parente de l'autre conjoint, ne rompoit pas le mariage durant lequel elle étoit contractée ; la partie innocente qui n'avoit point eu de part au commerce criminel qui a formé cette affinité, ne devant pas, sans son fait, être privée des droits que lui avoit donnés son mariage ; & le Pape ne veut pas qu'on distingue, comme avoient fait quelques-uns de ses prédécesseurs, si le commerce illicite avoit été public ou caché, ou si l'affinité étoit dans les degrés les plus proches ou dans des degrés plus éloignés : *Nec affinitas*, dit-il, *quæ post contractum legitimè matrimonium inter virum & uxorem iniquè contrahitur, ei debet officere quæ hujusmodi iniquitatis particeps non exiſtit ; cum jure ſuo non debeat ſine culpâ ſuâ privari ; quamquàm à quodam prædeceſſore noſtro dicatur in ſimili caſu fuiſſe diſtinctum, utrum inceſtus vel adulterium manifeſtum fuerit, an occultum, aliis aſſerentibus inter gradum proximum & remotum eſſe potiùs diſtinguendum ; Cap. 6, ext. de eo qui cogn. conſang.*

169. Quoique l'affinité qui est formée par un commerce illicite qu'a eu l'un des conjoints avec le parent ou la parente de l'autre, ne rompe pas le mariage durant lequel elle est formée, on doit néanmoins exhorter les conjoints, entre lesquels cette affinité est contractée, à vivre dans la continence & à s'abstenir de l'usage du mariage ; mais si la partie innocente déclare qu'il lui est trop difficile de garder la continence, on doit lui permettre d'exiger de l'autre partie le devoir conjugal. C'est ce que décide le Pape Innocent III : *Tuæ fraternitatis devotio poſtulavit utrum is qui cum ſorore legitimæ conjugis fornicatus, cum uxore poſſit poſtmodùm commorari ? & exigere debitum ac ſolvere requiſitus ? Reſpondemus quod uxor à commixtione viri abſtineat propter publicam honeſtatem, & in continentia maneat, donec vir viam univerſæ carnis ingreſſus fuerit, diligentiùs eſt monenda : quod ſi fortè commonitioni parere recuſans talis fuerit ut de lapſu timeatur ipſius, vir ejus poterit & debebit cum Dei timore debitum ei ſolvere conjugale, cùm affinitas poſt matrimonium iniquè contracta, illi nocere non debeat quæ iniquitatis particeps non exiſtit ; Cap. 10, ext. d. tit.*

Grégoire IX décide la même chose ; *cap. fin. ext. d. tit.*

Observez que les Papes, en décidant que la partie innocente peut, nonobstant l'affinité survenue, exiger le devoir conjugal, parce qu'elle ne peut, sans son fait, être privée de son droit, décident tacitement que le devoir conjugal peut bien être rendu, mais qu'il ne peut être exigé par la partie coupable, qui a fait contracter l'affinité par le commerce illicite qu'elle a eu avec le parent ou la parente de l'autre partie.

Observez aussi que ce qui est décidé par le Pape Luce II ou III, au Chapitre XVII, *de Sponsal. &c.* de la même collection, que l'homme qui a eu durant son mariage un commerce charnel avec la mere de sa femme, ne doit plus cohabiter avec elle, doit s'entendre en ce sens seulement, qu'il ne peut exiger de sa femme le devoir conjugal; qu'il doit même, autant qu'il est en lui, l'engager à ne pas l'exiger : mais le Pape ne décide pas qu'il ne puisse, & même qu'il ne doive le rendre, si la femme l'exige absolument.

170. Le Concile de Trente ayant depuis, en termes formels, restraint l'empêchement d'affinité formée par un commerce illicite aux mariages que contracteroient par la suite les personnes qui ont contracté cette affinité, on peut dire qu'il a entiérement aboli cet empêchement par rapport au mariage durant lequel le commerce charnel illicite seroit intervenu ; & qu'en conséquence, tant la partie qui a eu le commerce, que la partie innocente, peuvent réciproquement exiger l'une de l'autre le devoir conjugal. C'est le sentiment de M. Gibert, en sa Tradition sur le Mariage ; *T. II, p.* 392.

## ARTICLE III.

### *De l'empêchement dirimant qui résultoit de la parenté purement civile.*

171. La parenté purement civile, est celle qui étoit formée par l'adoption entre la personne adoptée & son pere adoptif, & tous les parens du nom & de la famille de son pere adoptif.

Cette parenté formoit le même empêchement que la parenté naturelle. Cet empêchement subsistoit dans la ligne directe, même après que la parenté civile avoit été dissoute par l'émancipation ; mais dans la ligne collatérale, l'empêchement qu'avoit formé la parenté civile, ne duroit que tant que cette parenté duroit. C'est pourquoi je n'aurois pas pu, à la vérité, épouser la fille de mon pere adoptif, dont j'étois devenu par adoption le frere, tant que nous étions l'un & l'autre dans la famille ; mais si elle ou moi en étions sortis par l'émancipation, la parenté civile étant en ce cas dissoute, je pouvois l'épouser ; §. 1 & 2, *Instit. de nupt.*

172. Il n'y avoit qu'une adoption véritable & solemnelle qui formât cette parenté civile & l'empêchement de mariage qui en résulte. Si par affection, j'avois élevé chez moi dès l'enfance une fille, de même que si elle eût été ma propre fille, elle n'étoit pas censée pour cela être ma fille adoptive, & il m'étoit permis de l'épouser.

C'est ce qui est décidé par Justinien, en la Loi 26, *Cod. de nupt.* La chose avoit néanmoins souffert long-temps de la difficulté, comme nous l'apprenons

des termes de cette loi ; *nos vetuſtam ambiguitatem decidentes*, &c. Les plus légeres reſſemblances aux qualités de pere & de fille qui ſe trouvent dans des perſonnes, paroiſſoient, à la délicateſſe des Romains, devoir être des empêchemens de mariage.

L'adoption n'étant plus depuis long-temps en uſage parmi nous, il n'y a plus lieu à l'empêchement qui en réſultoit.

## ARTICLE IV.

### *De l'empêchement dirimant qui réſulte de l'alliance ſpirituelle.*

Nous verrons dans un premier paragraphe, quelles ſont les trois eſpeces d'alliance ſpirituelle, dont les deux premieres ont formé & forment encore aujourd'hui un empêchement dirimant de mariage, & dont la troiſieme en a long-temps formé un avant le Concile de Trente. Nous verrons dans un ſecond paragraphe, quelle a été dans les différens ſiecles avant le Concile de Trente, la diſcipline de l'Egliſe Latine ſur ces différentes eſpeces d'alliance ſpirituelle. Dans un troiſieme, quelle eſt celle du Concile de Trente que nous ſuivons aujourd'hui. Enfin, dans un quatrieme paragraphe, nous rapporterons quelques eſpeces particulieres, à l'égard deſquelles on avoit mis en queſtion, ſi elles formoient une alliance ſpirituelle, & un empêchement de mariage.

### §. I.

#### *Quelles ſont les différentes eſpeces d'alliance ſpirituelle ; & avec quelles perſonnes elles ſont contractées.*

173. La premiere eſpece d'alliance ſpirituelle, eſt celle que le Sacrement de Baptême forme entre la perſonne baptiſée, d'une part ; & celle qui lui a conféré le Baptême, les parrains ou marraines, qui l'ont tenue ſur les Fonts-de-Baptême, lorſque le Sacrement lui a été conféré, d'autre part.

Cette alliance ſpirituelle forme entre ces perſonnes un empêchement dirimant de mariage : c'eſt pourquoi une Sage-femme, ou une autre perſonne, qui dans un cas de néceſſité auroit baptiſé un enfant, & pareillement un parrain ou une marraine, ne peuvent valablement contracter mariage avec la perſonne baptiſée, à qui ils tiennent lieu de pere ou de mere ſpirituels.

174. Pour que les parrains ou marraines contractent cette alliance ſpirituelle, & pour former l'empêchement dirimant de mariage qui en réſulte, il n'importe qu'ils aient tenu par eux-mêmes la perſonne baptiſée ſur les Fonts-baptiſmaux, ou qu'ils l'aient tenue par procureur ; car nous ſommes cenſés faire nous-mêmes ce que nos procureurs font en notre nom : *Qui mandat ipſe feciſſe videtur ;* L. 10, ff. *Mand.*

Au contraire, les procureurs des parrains & marraines, qui ont, en leur qualité de procureurs, tenu ſur les Fonts la perſonne baptiſée, ne contractent avec elle aucune alliance ſpirituelle ; car ce ne ſont pas ces procureurs qui ſont les parrains & marraines, ce ſont les perſonnes au nom deſquelles

ils ont tenu la perſonne baptiſée, auxquelles ils n'ont fait que prêter leur miniſtere & leur bras.

Eſt-il néceſſaire, pour que le parrain & la marraine contractent cette alliance ſpirituelle avec l'enfant baptiſé, qu'ils aient la volonté de la contracter avec lui? L'Auteur des Conférences de Paris décide pour l'affirmative; & qu'en conſéquence celui qui tient ſur les Fonts un enfant, qui eſt d'un autre que celui dont il le croit l'enfant, ne contracte avec cet enfant aucune alliance ſpirituelle, parce que ce n'eſt pas avec lui qu'il vouloit la contracter. Cet Auteur convient néanmoins que pluſieurs Canoniſtes ſont d'un avis contraire. Je ſerois auſſi de l'avis de ces derniers : c'eſt au Baptême par lui-même à qui on donne l'effet de former cette alliance ſpirituelle, indépendamment du conſentement des perſonnes entre leſquelles il la forme : l'enfant qui la contracte eſt incapable de conſentement; & on ne peut pas dire de la plûpart des parrains & marraines, qu'ils ont eu la volonté de contracter cette alliance ſpirituelle, dont ils n'ont pas ſeulement la moindre idée par défaut d'inſtruction.

175. La ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle que forme le Baptême, eſt celle que contractent la perſonne qui a conféré le Sacrement, le parrain & la marraine, avec le pere & la mere de la perſonne baptiſée.

Cette eſpece d'alliance ſpirituelle eſt celle à laquelle on donne le nom de COMPERAGE; elle forme pareillement entre ces perſonnes un empêchement dirimant de mariage : le parrain, de même que celui qui a baptiſé, ne peut valablement contracter mariage avec la mere de la perſonne baptiſée, qui eſt leur commere, & dont ils ſont les comperes; & pareillement la marraine, de même que la femme qui a baptiſé l'enfant, ne peuvent valablement contracter mariage avec le pere de l'enfant, qui eſt leur compere, & dont elles ſont les commeres.

176. La troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle que formoit autrefois le Baptême, étoit celle que la perſonne baptiſée contractoit avec les enfans de ſon parrain & de ſa marraine, qui lui tenoient lieu de freres & de ſœurs; elle a formé autrefois un empêchement de mariage entre ces perſonnes, qui a été abrogé par le Concile de Trente.

177. On avoit auſſi douté autrefois ſi le parrain & la marraine contractoient une alliance ſpirituelle qui les empêchât de contracter mariage enſemble : le Concile de Trente a décidé qu'ils pouvoient valablement & licitement ſe marier enſemble.

178. Le Sacrement de Confirmation formoit les mêmes alliances ſpirituelles que le baptême, lorſqu'on ſe faiſoit préſenter à ce Sacrement par des parrains & marraines. Il n'eſt plus d'uſage aujourd'hui d'y faire intervenir des parrains & marraines.

## §. II.

### *Quelle a été la diſcipline de l'Egliſe dans les différens ſiecles ſur l'empêchement dirimant de mariage que forme l'alliance ſpirituelle.*

179. Nous n'avons pas, avant le ſixieme ſiecle, de témoignages authentiques qui faſſent mention de l'alliance ſpirituelle; les canons attribués au Con-

cile de Nicée, les lettres décretales des Papes des premiers ſiecles, ſont des pieces ou ſuppoſées, ou pour le moins très-ſuſpectes de ſuppoſition.

Le plus ancien témoignage que nous ayons, eſt du ſixieme ſiecle; il ſe trouve dans la Loi 26, *Cod. de nupt.* Juſtinien, après avoir décidé par cette loi qu'un homme qui avoit élevé une fille chez lui dès l'enfance, comme ſa propre fille, pouvoit l'épouſer, (ce qui faiſoit le principal objet de la queſtion de la Loi), ajoute, bien-entendu, pourvu que ce ne ſoit pas ſa filleule : *Eâ videlicet perſonâ omnimodò ad nuptias venire prohibendâ, quam aliquis ſive alumna ſit, ſive non, à ſacro baptiſmate ſuſcepit, cùm nihil aliud ſic inducere poteſt paternam affectionem & juſtam nuptiarum prohibitionem, quàm hujuſmodi nexus per quem, mediante Deo, animæ eorum copulatæ ſunt.*

Il y a lieu de croire que le grand reſpect que les premiers Chrétiens avoient pour leurs peres ſpirituels, les faiſoient abſtenir de ces mariages, ſans qu'il y eût ni canon, ni loi qui les défendît. Ne paroiſſant point qu'il y ait eu, avant cette loi de Juſtinien, aucune loi des Empereurs, ni aucun canon de Concile qui aient défendu formellement ces mariages, on peut attribuer à cette loi de Juſtinien, l'établiſſement de cette eſpece d'empêchement dirimant de mariage.

180. Dans le ſeptieme ſiecle, nous avons pour l'Egliſe Grecque un monument de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle que les parrains & marraines contractent avec les peres & meres de leurs filleuls ou filleules, & de l'empêchement de mariage qu'elle forme entre ces perſonnes; c'eſt le cinquante-troiſieme canon du Concile appellé *in Trullo*, ou *Concilium Quini-Sextum*, ſous l'Empereur Juſtinien II, dans la ſalle du dôme du Palais Impérial, dans le déclin du ſeptieme ſiecle. Il y eſt dit : *Quoniam ſpiritalis affinitas corporum conjunctione major eſt, in nonnullis autem locis cognovimus quoſdam qui ex ſancto baptiſmate infantes ſuſcipiunt, poſteà quoque cum matribus illorum viduis matrimonium contrahere, ſtatuimus, ut in poſterum nihil fiat ejuſmodi; ſi quis autem poſt præſentem canonem, facere deprehenſi fuerit, ii quidem primo ab illicito ejuſmodi matrimonio deſiſtant, deinde & fornicatorum pœnis ſubjiciantur.* Nous avons vu ailleurs que ce Concile n'avoit pas été reçu dans l'Egliſe Latine.

181. S'il en falloit croire Ciaconius, qui a écrit dans le ſeizieme ſiecle les vies des Papes, nous aurions auſſi dans le ſeptieme ſiecle un monument de la troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle que la perſonne baptiſée contractoit avec les enfans de ſon parrain & de ſa marraine; car cet Auteur, dans la vie de Deuſdedit, qui a commencé à occuper le Siege de Rome en 624, dit que ce Pape avoit fait un décret qui défendoit le mariage entre ces perſonnes; mais ce décret ne ſe trouve nulle part.

182. Le huitieme ſiecle nous fournit pluſieurs témoignages de la défenſe des mariages pour la ſeconde eſpece d'affinité ſpirituelle.

Le premier Concile Romain, tenu ſous le Pape Grégoire II en 721, canon 4, prononce anathême contre celui qui épouſera ſa commere ſpirituelle: *Si quis commatrem ſpiritalem duxerit in conjugium, anathema ſit; & reſponderunt omnes tertio, anathema ſit.*

Une femme eſt ma commere ſpirituelle, lorſqu'elle a été la marraine de quelqu'un de mes enfants, ou lorſque j'ai été le parrain de quelqu'un des ſiens.

Le Concile Romain, tenu ſous le Pape Zacharie, l'an 743, prononce le

même anathême. C'eſt au canon cinquieme où il eſt dit : *Ut Presbyteram*, (1) *Diaconam*, *Nonnam*, (2) *aut Monacham, vel etiam ſpiritalem commatrem, nullus ſibi præſumat nefario conjugio copulare ; qui ejuſmodi opus perpetraverit, ſciat ſe anathematis vinculo eſſe obligatum, &c.*

La lettre décrétale du Pape Zacharie, qui eſt adreſſée à Pepin, Maire du Palais, & aux Evêques de France, & qui eſt la ſeptieme dans le VI^e. vol. des Conciles du P. Labbe, nous fournit auſſi un témoignage de l'empêchement de mariage qui réſulte de la premiere & de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle ; ſçavoir, de celle qu'un parrain contracte avec ſa filleule, & de celle qu'il contracte avec ſa commere, c'eſt-à-dire, la mere de ſa filleule : il regarde ſur-tout le mariage du parrain avec ſa filleule, comme ſi horrible, qu'il n'en a pas été parlé ni dans aucune loi, ni dans aucun canon, parce qu'on ne penſoit pas qu'il pût arriver. Voici les termes de ſa lettre, art. 22 : *Sed nec ſpiritualem, id eſt, commatrem aut filiam* (quod abſit) *quis ducat temerario auſu uxorem, eſt namque nefas..... in tantum grave eſt, ut nullus ſanctorum Patrum, neque ſanctarum Synodorum aſſertione, vel etiam in imperialibus legibus quiſpiam judicatus ſit.*

Zacharie ignoroit la loi de Juſtinien qui en parle : comme on ſe ſervoit dans l'Occident du Code Théodoſien, les loix de Juſtinien y étoient ignorées.

183. Nous trouvons encore dans ce ſiecle, un monument qui nous apprend que cette alliance ſpirituelle, & l'empêchement de mariage qui en réſulte, ſe contractoit par le Sacrement de Confirmation, auſſi-bien que par celui du Baptême.

C'eſt dans une réponſe faite l'an 754, par le Pape Etienne II, à des Evêques de France qui l'avoient conſulté ſur pluſieurs points, & qui eſt rapportée au ſixieme tome des Conciles du Pere Labbe : il y eſt dit, art. 4 : *Ut nullus habeat commatrem ſuam ſpiritalem, tam Fonte ſacro, quàm de Confirmatione, neque ſibi clàm in neutrâ parte conjugio ſociatam, quòd ſi conjuncti fuerint, ſeparentur.*

184. Les Conciles tenus en France dans ce ſiecle, contiennent la même diſcipline ſur l'empêchement de mariage qui réſulte de la premiere & de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle que forment les Sacremens de Baptême ou de Confirmation. Le Concile de Metz, tenu l'an 753, ſous le Roi Pepin, canon premier, met au nombre des unions inceſtueuſes, l'union charnelle d'un homme avec ſa commere ſpirituelle, ou avec ſa marraine qui l'a préſenté au Baptême ou à la Confirmation : *Si quis homo inceſtum commiſerit, de Deo ſacratâ, aut commatre ſuâ, aut cum matrina ſpiritali de fonte aut confirmatione Epiſcopi, &c.*

Le Concile de Compiegne, *Compendienſe*, tenu ſous le même Roi Pepin, *in generali populi conventu*, l'an 757, regarde l'alliance ſpirituelle qu'un hom-

(1) Selon une note du P. Symond, on appelloit *Presbytera*, la femme d'un homme qui, d'un commun accord avec elle, s'étoit ſéparé d'elle pour être promu à la Prêtriſe, pendant qu'elle, de ſon côté, avoit fait vœu de continence. *Voyez* Ducange.

(2) C'étoit un nom d'honneur qu'on donnoit aux Religieuſes qui étoient les anciennes du Monaſtere. *Ducange.*

me contracte avec la mere de la perſonne dont il eſt le parrain, ſi conſidérable, qu'il décide que ſi un homme a préſenté au Sacrement de Confirmation le fils ou la fille que ſa femme avoit d'un précédent mariage, il ne peut plus cohabiter avec ſa femme qui eſt devenue ſa commere ſpirituelle : c'eſt ce qui eſt porté au canon 12 ; *Si quis filiaſtrum* (1) *aut filiaſtram ante Epiſcopum ad Confirmationem tenuerit, ſeparetur ab uxore ſua, & alteram non accipiat.*

185. Les loix de Luitpran, Roi des Lombards, qui ſont auſſi du huitieme ſiecle, font pareillement de la premiere & de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle, des empêchemens de mariage : *Præcipimus ut nullus præſumat ſuam commatrem ducere uxorem, ſed nec filiam quam de ſacro fonte levaverit.*

186. Cette diſcipline fut auſſi obſervée en Angleterre : cela paroît par le recueil de canons fait par Egbert, Archevêque de Cantorbery, ſur la fin du huitieme ſiecle, dans lequel, art. 129, ſe trouve le canon du Concile Romain, tenu ſous Grégoire II, que nous avons rapporté ci-deſſus.

187. S. Boniface, Archevêque de Mayence dans le huitieme ſiecle, dans une de ſes lettres à Nothelme, Archevêque de Cantorbery, dit qu'il a permis à un parrain d'épouſer ſa commere ſpirituelle, c'eſt-à-dire, la mere de ſon filleul ; qu'il ne ſçait pas ſi en cela il a péché par ignorance, parce qu'il a appris que les Romains regardoient ces mariages comme un grand péché ; qu'il le prie de l'informer s'il trouve quelque choſe dans les anciens canons ou dans les livres ſaints qui doive faire regarder ces mariages comme un péché ; qu'il a de la peine à comprendre pourquoi l'alliance ſpirituelle ſeroit un empêchement de mariage, puiſque l'alliance ſpirituelle que tous les enfans de l'Egliſe contractent par le Baptême de Jeſus-Chriſt, par laquelle ils ſont tous freres & ſœurs, ne les empêche pas de ſe marier enſemble : *Quod Romani*, dit-il, *peccatum cenſent, ita ut in talibus divortia facere præcipiant.* C'eſt pourquoi, ajoute-t-il, *ſi hoc in catholicorum Patrum decretis vel canonibus, vel etiam in ſacro eloquio, pro tam magno peccato computatum eſſe inveneritis, indicare mihi curetis, ut & ego intelligendo cognoſcam cujus autoritas ſit in illo judicio, quia nullatenùs intelligere poſſum quare ſpiritalis propinquitas in conjunctione carnali copula grande peccatum ſit, quando omnes in ſacro baptiſmate Chriſti, & Eccleſiæ filii & filiæ, fratres & ſorores eſſe comprobemur.*

Il écrit ſur le même ſujet à un autre Evêque d'Angleterre (Pethelme) : *De una quoque re*, dit-il, *veſtrum conſilium & reſponſum deſideramus ; affirmant Sacerdotes per totam Franciam, & per Gallias maximi criminis reum eſſe hominem qui in matrimonium acceperit illam viduam cujus ante filium in baptiſmo ſuſcipiebat, quod peccati genus, ſi verum eſt, hactenùs ignorabam ; & nec in antiquis canonibus, nec in decretis Pontificum patres, nec in calculo peccatorum Apoſtolos, uſquam enumeraſſe cognovi.*

Ces deux lettres, auſſi bien qu'une troiſieme écrite à l'Abbé Dudon, où il dit encore quelque choſe ſur le même ſujet, ſont rapportées par Baronius, tome neuvieme, ſur l'année 734.

188. A l'égard de la troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle, qu'on pré-

(1) *Filiaſter*, *Filiaſtra*, dans la baſſe latinité, ont le même ſens que *Privignus* & *Privigna*. Ducange.

tend

tend ſe contracter entre la perſonne baptiſée & les enfans de ſes parrain & marraine, c'eſt dans le huitieme ſiecle qu'on a commencé à voir mettre en queſtion, ſi elle forme un empêchement de mariage.

Théodore, Evêque de Pavie, conſulta ſur cette queſtion le Pape Zacharie, à l'occaſion d'un mariage qu'un homme de ſon Dioceſe avoit contracté avec la filleule de ſon pere: le Pape lui répond: *Eum qui impiiſſimo ſeſe miſcuit matrimonio, ſtudeas ſeparare, & pœnitentiæ dignæ ſubjicere.* Cette réponſe eſt dans la dix-huitieme lettre de ce Pape, dans le ſixieme tome du P. Labbe.

Le Roi Luitpran fit auſſi de cette troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle, un empêchement dirimant de mariage. Il eſt dit en la loi 5, ci-deſſus citée: *Neque filius ejus præſumat filiam illius uxorem ducere, qui eum de fonte ſuſcepit, quia ſpirituales germani eſſe noſcuntur.*

189. Il paroît que dans le neuvieme ſiecle, les ſucceſſeurs de S. Boniface s'étoient conformés à la diſcipline des autres Egliſes d'Occident, ſur l'empêchement de mariage qui réſulte de la premiere & de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle; car, par le cinquante-cinquieme canon du Concile de Mayence, tenu l'an 813, par ordre de Charlemagne, & où étoit Ricolphe, Archevêque de Mayence, il eſt dit: *Nullus proprium filium vel filiam de fonte baptiſmatis* (1) *ſuſcipiat; nec filiolam nec commatrem ducat uxorem, nec illam cujus filium aut filiam ad confirmationem duxerit; ubi autem fuerit, ſeparentur.*

Ce canon eſt tranſcrit de mot à mot dans les Capitulaires de Charlemagne & de Louis-le-Débonnaire, *lib.* 50, *art.* 167, & dans la troiſieme addition, *art.* 116. Le décret du Concile Romain, ſous Grégoire II, qui défend le mariage d'un homme avec ſa commere ſpirituelle, & que nous avons rapporté ci-deſſus, ſe trouve auſſi inſéré au livre 7 deſdits Capitulaires, *art.* 179.

Le mariage avec ſa commere ſpirituelle eſt traité au livre 6 deſdits Capitulaires, *art* 4, de crime capital: *Sciendum eſt omnibus quod conjunctio ſpiritalis commatris maximum peccatum ſit, & divortio ſeparandum, atque capitali ſententiâ multandum, vel peregrinatione perpetuâ delendum.*

190. Quoique cette alliance ſpirituelle fût regardée comme un empêchement dirimant de mariage, & qu'en conſéquence il fût défendu à un homme d'être le parrain de l'enfant de ſa femme, ſoit qu'il fut auſſi le ſien, ſoit qu'il fût d'un autre mariage, néanmoins s'il l'avoit fait par ignorance, leur mariage ne devoit pas être rompu. C'eſt la déciſion du Pape Nicolas I, dans ſa lettre à Rodulfe, Archevêque de Bourges, *art.* 5, où il eſt dit: *De his qui.. filios uxoris ſuæ de viro priori, dum chriſmantur ab Epiſcopo, ſuper ſe ſuſtinent, ſi inſcitiâ, ſicut aſſeris fit, licèt ſit peccatum, tamen non uſque ad ſeparationem conjugii puniendum; lugeant tamen, & dignâ pœnitentiâ hoc diluentes Domino dicant; delicta ignorantiæ meæ ne memineris.* Le Pape finit cette lettre par ces termes: *Optamus ſanctitatem tuam nunc & ſemper benè valere*: ce qui fait voir que le titre *de votre ſainteté* n'étoit pas alors réſervé au Pape.

Cette lettre eſt rapportée au huitieme tome du P. Labbe, *pag.* 504, *& ſuivantes.*

(1) De peur de contracter avec ſa femme l'alliance ſpirituelle de compérage.

191. A plus forte raiſon, lorſque c'eſt dant un cas de néceſſité, qu'un homme a baptiſé ſon enfant; l'alliance ſpirituelle qu'il a contractée avec ſa femme, ne doit pas donner lieu à une ſéparation; c'eſt la déciſion du Pape Jean VIII (qui occupoit le Siege vers le déclin du neuvieme ſiecle) dans ſa lettre à Anſelme, Evêque de Limoges. Un homme, dans un cas de néceſſité, avoit baptiſé ſon enfant qui étoit à l'extrémité; comme il avoit contracté l'alliance ſpirituelle avec ſa femme, l'Evêque avoit jugé qu'il devoit être ſéparé. Cet homme étant venu à Rome expoſer le fait, le Pape écrit à l'Evêque, qu'il a mal fait, *dicente ſcripturâ, quod Deus conjunxit, homo non ſeparet;* que cet homme a bien fait de baptiſer lui-même ſon enfant, ne pouvant lui faire conférer le Sacrement par d'autres, *benè feciſſe laudatur; & ideo cum ſuâ uxore quandiù vixerint, judicamus manere conjunctum.* Cette lettre eſt la cent quatre-vingt-huitieme des lettres de ce Pape; elle eſt au neuvieme tome du Pere Labbe, *pag.* 122.

192. L'alliance ſpirituelle que l'un des conjoints par le mariage contracte durant le mariage avec l'autre, en préſentant un de leurs enfans au Baptême ou à la Confirmation, ne doit pas non plus rompre leur mariage, lorſque cela a été fait en fraude, pour avoir un prétexte de le rompre. C'eſt ce qu'a décidé le ſecond Concile de Châlons, aſſemblé par ordre de Charlemagne, l'an 813. Il eſt dit au trentieme canon: *Dictum nobis eſt quaſdam fœminas deſidioſè, quaſdam verò fraudulenter, ut à viris ſuis ſeparentur, proprios filios coram Epiſcopis ad confirmandum tenuiſſe: undè nos dignum duximus, ut ſi qua mulier filium ſuum, deſidiâ aut fraude aliquâ, coram Epiſcopo tenuerit ad confirmandum; propter fallaciam ſuam aut propter fraudem, quandiù vivet, agat pœnitentiam; à viro tamen ſuo non ſeparetur.*

193. A l'égard de la troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle qu'un filleul ou filleule étoit cenſé contracter avec les enfans de ſes parrain & marraine, nous voyons que les Papes du neuvieme ſiecle continuerent de la regarder comme un empechement de mariage, ainſi que le Pape Zacharie dans le huitieme ſiecle l'avoit regardée.

C'eſt ce qui paroît par les déciſions de Nicolas I. Ce Pape, dans ſes réponſes *ad conſulta Bulgarorum, art.* 2, enſeigne que le mariage ne peut être permis entre un filleul ou filleule, & les enfans de ſon parrain, parce qu'ils ſe tiennent lieu de freres: *Inter vos*, dit-il, *non arbitramur eſſe quolibet poſſe conjugale connubium, quandoquidem inter eos qui naturâ, & eos qui adoptione filii ſunt, venerandæ leges Romanæ matrimonium contrahi non permittunt . . . . . ſi ergo*, dit-il, *inter eos non contrahitur matrimonium quos adoptio jungit, quanto potiùs à carnali oportet inter ſe contubernio ceſſare, quos per celeſte Sacramentum regeneratio Sancti-Spiritûs vincit: longè congruentiùs filius patris mei vel frater appellatur is quem gratia divina, quàm quem humana voluntas, ut filius ejus & frater meus eſſet, elegit*, &c.

194. Dans le dixieme ſiecle, Léon VII, qui monta ſur le Saint Siege l'an 936, & l'occupa pendant trois ans, dans ſa lettre *ad Gallos & Germanos*, par laquelle il leur répond ſur pluſieurs points de diſcipline, rapporte ſur ce qui concerne l'alliance ſpirituelle, le Décret de Zacharie dans le Concile Romain que nous avons rapporté *ſuprà*, *n.* 182. Cette lettre eſt dans le neuvieme Tome du Pere Labbe, *pag.* 596, *& ſuiv.*

Nous avons encore dans ce ſiecle pluſieurs lettres d'Atton de Verceil, concernant l'alliance ſpirituelle & l'empêchement de mariage entre un filleul ou filleule, & les enfans de ſon parrain; la plus remarquable eſt la cinquieme, dans laquelle, pour prouver la nullité du mariage d'un nommé Théodore, qui avoit épouſé la fille de ſon parrain, & à qui il ne vouloit pas permettre de cohabiter avec ſa femme. Entre pluſieurs raiſons, tant bonnes que mauvaiſes, il rapporte la Loi du Roi Luitpran, qui défend ces mariages, à laquelle cet homme, qui étoit Lombard, étoit ſujet; nous l'avons citée *ſuprà*, *n.* 185.

195. Dans le onzieme ſiecle, nous avons les Loix eccléſiaſtiques du Roi Canut, qui régnoit en Angleterre vers le commencement de ce ſiecle : le mariage avec ſa commere ſpirituelle ou avec ſa filleule, eſt défendu par l'article 14 de ces loix.

On ne trouve point dans le Code des Loix eccléſiaſtiques du Roi Canut, de défenſe entre la perſonne baptiſée, & les enfans de ſes parrains & marraines.

Dans le même ſiecle, parmi les lettres de Fulbert, Evêque de Chartres, nous en trouvons une qui eſt la trente-troiſieme, par laquelle Fulbert, conſulté par ſon Métropolitain ſur la queſtion, ſi on devoit ſéparer de ſa femme un homme qui avoit préſenté ſon fils à la Confirmation, rapporte, pour ſervir à la déciſion de la queſtion, les canons du Concile de Mayence que nous avons ci-deſſus rapportés, *n.* 189.

196. Nous ne rechercherons plus de témoignages dans les ſiecles ſuivans; les Décrétales des Papes qui ſont dans le corps du Droit canonique, nous inſtruiſent ſuffiſamment de la diſcipline qui a été obſervée dans ces ſiecles juſqu'au Concile de Trente, par rapport aux trois eſpeces d'alliance ſpirituelle dont nous avons traité, qui étoient réputées toutes les trois empêchement dirimant de mariage; *Toto tit. ext. de cogn. ſpir.*

Nous obſerverons ſeulement, à l'égard de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle, que la perſonne qui a conféré le Baptême, le parrain & la marraine contractent avec le pere & la mere de la perſonne baptiſée, que cette alliance qui les rend comperes & commeres ſpirituels, eſt bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que le compere contracteroit avec ſa commere, depuis qu'elle a été contractée; mais qu'elle ne rompt pas le mariage durant lequel elle eſt contractée, ſoit par ignorance, ſoit par malice.

C'eſt un point décidé par Alexandre III : *Si vir vel mulier*, dit ce Pape, *ſcienter vel ignoranter filium ſuum de ſacro fonte ſuſceperit, an propter hoc ſeparari debeant? Reſpondemus quod quamvis generaliter ſit inſtitutum ut debeant ſeparari, quidam tamen humaniùs ſentientes, aliter ſtatuerunt; ideò nobis videtur quod ſive ex ignorantiâ, ſive malitiâ id fecerint, non ſunt ſeparandi, nec alter alteri debitum debet ſubtrahere, niſi ad continentiam ſervandam poſſint induci; quia ſi ignorantiâ factum eſt, eos ignorantia excuſare videtur; ſi ex malitiâ, eis ſua fraus non debet patrocinari vel dolus; Cap. 2, ext. de cognat. ſpirit.*

197. Nous avons une déciſion d'Innocent III, touchant la troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle. Ce Pape fut conſulté ſur la queſtion de ſçavoir ſi cette alliance que le filleul contracte, étoit un empêchement de mariage

ſeulement avec les enfans de ſon parrain qui naiſſoient depuis l'alliance contractée, ou ſi elle en étoit pareillement un avec ceux nés auparavant : le Pape décide qu'elle l'eſt à l'égard des uns & des autres; *Cap.* 7, *ext. d. t.*

Il paroît que ce qui avoit donné lieu à ce doute, eſt le canon 5, *cauſ.* 30, *quæſt.* 3, qui avoit été mal entendu.

## §. III.

### *Quelle eſt la diſcipline établie par le Concile de Trente , ſur les empêchemens dirimans qui réſultent de l'alliance ſpirituelle.*

198. Le concile de Trente, *ſeſſ.* 24, *de Reformat. mat. cap.* 2, a reſtraint l'alliance ſpirituelle qui doit former un empêchement de mariage, à celle que celui qui a conféré le Sacrement, & les perſonnes qui ont ſervi de parrain ou de marraine, contractent avec la perſonne baptiſée ou confirmée, & avec le peré & la mere de cette perſonne, & a abrogé les empêchemens de mariage qu'on avoit cru auparavant pouvoir réſulter de toutes les autres eſpeces de l'alliance ſpirituelle.

Ce décret du Concile ſe trouve à la *ſeſſion* 24, *cap.* 2. Le Concile y expoſe les raiſons qu'il a eues de le porter : *Eo quod*, dit-il, *doceret experientia propter multitudinem prohibitionum multoties in caſibus prohibitis, ignoranter contrahi matrimonium, in quibus vel non ſine magno peccato perſeveratur, vel ea non ſine magno ſcandalo dirimuntur.*

Pour remédier à cela, le Concile ordonne, *ut unus tantùm ſive vir, ſive mulier juxtâ ſacrorum canonum inſtituta vel ad ſummum unus, & una baptiſatum è baptiſmo ſuſcipiant inter quos ac baptiſatum ipſum & illius patrem & matrem, nec non inter baptiſantem & baptiſatum-baptiſatique patrem ac matrem* TANTUM *ſpiritualis cognatio contrahatur ;* il ordonne par ce décret la même choſe à l'égard du Sacrement de Confirmation.

Enfin, par une clauſe générale, il abroge toutes les autres eſpeces d'empêchemens de mariage qui réſultoient autrefois, ou qu'on auroit pu croire pouvoir réſulter d'une alliance ſpirituelle : *Omnibus*, dit le Concile, *inter alias perſonas hujus cognationis ſpiritalis impedimentis omninò ſublatis.*

Quoique nous n'ayons pas reçu en France le Concile de Trente, les reſtrictions qu'il a apportées à l'empêchement de l'alliance ſpirituelle, ſont trop raiſonnables pour n'y être pas adoptées.

199. A l'égard des eſpeces d'alliances ſpirituelles auxquelles le Concile n'a pas touché, qui ſont celles des perſonnes qui ont conféré le Sacrement, des parrains & marraines avec la perſonne baptiſée, & celle de ces perſonnes avec les pere & mere de la perſonne baptiſée, elles ont toujours continué d'être parmi nous, comme dans le reſte de l'Egliſe, un empêchement dirimant de mariage, quoique la diſpenſe s'en accorde, & ſe préſume facilement. D'Héricourt, en ſes Loix eccléſiaſtiques, rapporte ces eſpeces d'alliances ſpirituelles parmi les empêchemens dirimans de mariage qui ont lieu parmi nous. C'eſt mal-à-propos que l'Auteur du Journal des Audiences, *tom.* 5, *liv. dern. chap. dern.* avance que l'alliance des parrains & marrai-

nes avec les pere & mere de la perſonne baptiſée, a été établie par la Cour de Rome *dans les derniers ſiecles, pour avoir occaſion d'en donner des diſpenſes burſales.* Nous avons démontré au paragraphe précédent, par une foule de témoignages, que l'empêchement qui réſulte de cette eſpece d'alliance, avoit lieu dès le huitieme ſiecle dans l'Egliſe, & notamment dans celle de France, & que nos Rois en avoient fait une loi, qui ſe trouve dans le recueil des Capitulaires de Charlemagne, & de ſes ſucceſſeurs; il n'y a aucune preuve que cette ancienne diſcipline ait jamais été abrogée en France. On ne peut donc, ſans ignorance, dire de cet empêchement, qu'il eſt une invention de la Cour de Rome, *pour avoir occaſion d'en donner des diſpenſes burſales*, puiſqu'il eſt, de même que tous les autres empêchemens de mariage qui ſont aujourd'hui en uſage, antérieur de pluſieurs ſiecles à l'uſage d'accorder, non-ſeulement des diſpenſes burſales, mais même d'en accorder en tout; *Voyez l'époque des Diſpenſes*, infrà, *ch. 4, art. 3.*

200. L'empêchement de mariage, qui étoit formé autrefois entre le filleul ou la filleule, & les enfans de leur parrain ou de leur marraine, dont nous avons parlé au paragraphe précédent, ſe trouve aboli par la clauſe du Concile ci-deſſus rapporté, auſſi-bien que pluſieurs autres eſpeces d'alliance ſpirituelle qu'on avoit imaginé pouvoir faire des empêchemens de mariage.

201. L'eſprit du Concile ayant été de reſtreindre les empêchemens dirimans de mariage, & non de les augmenter, il ne peut être douteux qu'en conſervant l'empêchement dirimant de mariage qui eſt formé par l'alliance ſpirituelle qu'un parrain ou une marraine contractent avec le pere & la mere de leur filleul ou filleule, il l'a conſervé tel qu'il avoit lieu auparavant; c'eſt-à-dire, ſeulement pour le mariage que ces perſonnes contracteroient depuis qu'elles ont contracté cette alliance: mais lorſque cette alliance ſpirituelle eſt contractée entre un homme & une femme, dont l'un des deux, durant leur mariage, a préſenté au baptême leur enfant commun, ou celui que l'autre avoit d'un précédent mariage; cette alliance ſpirituelle qu'ils contractent, ne rompt pas leur mariage durant lequel elle eſt contractée, ſuivant la déciſion d'Alexandre III, rapportée *ſuprà, n. 196.*

202. Le Concile ordonne encore que le Curé s'informera de ceux que cela regardera, quelles ſont les perſonnes qui ont été choiſies pour être parrain & marraine; qu'il les nommera dans l'acte qu'il dreſſera du Baptême ſur ſon regiſtre, & qu'il n'y aura que les perſonnes nommées dans l'acte, qui contracteront l'alliance ſpirituelle: *Parochus..... ab iis ad quos ſpectabit ſciſcitetur quem vel quos elegerint ad baptiſatum de ſacro Fonte ſuſcipiendum, & eum vel eos ad ſuſcipiendum tantùm admittat, & in libro eorum nomina deſcribat... quod ſi alii, ultrà deſignatos, baptiſatum tetigerint, cognationem ſpiritualem nullomodò contrahant; d. Seſſ. 24, cap. 2.*

Il ne faut pas néanmoins conclure delà, qu'il ſoit préciſément néceſſaire, pour qu'un parrain ou une marraine contractent l'alliance ſpirituelle, qu'ils aient été choiſis par le pere ou la mere de l'enfant pour être parrain ou marraine. Lorſqu'à défaut de perſonnes qui ſe préſentent pour parrain, ou ſur le refus qu'auroit fait le Curé (ce qu'il ne doit faire que pour de bonnes raiſons) d'y admettre celui qui s'y eſt préſenté, une perſonne qui s'eſt trou-

vée par hasard dans l'Eglise, a servi de parrain ou marraine, & dont il a été fait mention par l'acte du Baptême, cette personne est véritablement parrain ou marraine, & elle ne contracte pas moins l'alliance spirituelle avec l'enfant & le pere & la mere de l'enfant, qu'un parrain ou marraine qu'ils auroient choisis. C'est l'avis de Van Espen, *p.* 2, *tit.* 12, *chap.* 6, *n.* 19. Il me paroît mieux fondé que celui de l'Auteur des Conférences de Paris, qui pense que le parrain & la marraine ne contractent l'alliance spirituelle que lorsqu'ils ont été priés de l'être par le pere & la mere.

Le Concile n'a ordonné que les Curés s'informeroient quelles sont les personnes qui ont été choisies pour être le parrain & la marraine, qu'afin qu'ils connoissent quelles sont les personnes qui présentent l'enfant au Baptême en qualité de parrain & de marraine, ces personnes étant les seules qui contractent l'alliance spirituelle, & qu'ils ne les confondent pas avec les autres personnes qui assistent au baptême, lesquelles ne contractent aucune alliance spirituelle, quand même elles aideroient le parrain & la marraine à soutenir l'enfant sur les Fonts. C'est pourquoi le Concile ajoute : *Si alii ultrà designatos baptisatum tetigerint, cognationem spiritalem nullomodò contrahant.*

203. Observez aussi que quoique le Concile ait ordonné qu'on admettroit tout au plus *ad summum*, qu'un homme & une femme pour être parrain & marraine, néanmoins si, contre la défense, le Curé a admis plusieurs parrains & marraines, tous ces parrains & marraines contractent l'alliance spirituelle avec l'enfant & le pere de l'enfant. C'est ce qui a été décidé à Rome par la Congrégation, suivant que l'atteste Barbosa; & je crois qu'elle a bien décidé: car quoique le Curé n'ait pas dû les admettre tous, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont tous été parrains.

## §. IV.

### *De quelques especes particulieres à l'égard desquelles on avoit mis autrefois en question, si elles formoient une alliance spirituelle & un empêchement de mariage.*

#### PREMIERE ESPECE.

### *Des Parrains de Catéchisme ; & de ceux qui le font lorsqu'on supplée les cérémonies du Baptême.*

204. Suivant la Décrétale de Boniface VIII, *le Parrain de Catéchisme*, c'est-a-dire, celui qui avoit présenté le Catéchumene à l'instruction qui précede le baptême, quoique ce ne fût pas lui qui l'eût depuis présenté au baptême, contractoit la même alliance qu'un parrain de baptême, laquelle l'empêchoit de pouvoir par la suite contracter mariage avec la personne avec qui il l'avoit contractée : *Per Catechismum*, dit ce Pape, *qui præcedit baptismatum..... cognatio spiritualis contrahitur per quam contrahendum matrimonium impeditur, ut ex Clementis III Decretali evidenter colligitur ; Cap.* 3, *de cogn. spir. in* 6°.

Cette alliance ſpirituelle, & l'empêchement de mariage qui en réſultoit, ſont abolis par le Concile de Trente, qui ne reconnoît pour parrain & marraine qui contractent l'alliance ſpirituelle, que ceux qui, en cette qualité, *tiennent ſur les Fonts* la perſonne qu'on baptiſe : *Baptiſatum è baptiſmo ſuſcipiunt* TANTUM.

205. De-là il ſuit pareillement que les perſonnes qui ſervent de parrain & de marraine, lorſqu'on ſupplée à quelqu'un les cérémonies de baptême, ne contractent aucune alliance ſpirituelle ; car le Concile de Trente n'en reconnoît pas d'autre que celle qui eſt formée par le Sacrement même.

Nous avons un Statut ſynodal de notre Dioceſe d'Orléans, qui a bien pris à cet égard le ſens du Concile. Il y eſt dit : *Rectores doceant quod non eſt catechiſmo ſeu ex ceremoniis quæ baptiſmum vel præcedunt, vel ſequuntur, ſed ex baptiſmo ipſo naſcitur cognatio ſpiritualis ; tit. de Baptiſmo*, §. 5.

206. De-là il ſuit encore que ſi une perſonne qui a déja été baptiſée, l'étoit par erreur une ſeconde fois, ſoit qu'on eût exprimé, ou non, la condition, *ſi baptiſatus non eſt* ; le parrain & la marraine de ce ſecond Baptême ne contracteroient aucune alliance ſpirituelle, car ce ſecond Baptême n'étant pas valable, n'a pu la former ; *quod nullum eſt, nullum producit effectum.*

Il ne faut pas néanmoins dire indiſtinctement, avec l'Auteur des Conférences de Paris, qu'un Baptême conféré ſous condition, ne forme pas d'alliance ſpirituelle ; il faut, pour s'exprimer plus exactement, dire qu'étant incertain ſi ce Baptême eſt valable, il eſt incertain s'il a formé une alliance ſpirituelle ; qu'en conſéquence, ſi ces perſonnes ont contracté mariage, leur mariage ne peut recevoir d'atteinte, parce qu'on ne peut juſtifier qu'il y ait entr'elles une alliance ſpirituelle qui le rende nul ; mais lorſqu'elles n'ont pas encore contracté mariage, cette incertitude, s'il y a entr'elles une alliance ſpirituelle, doit les porter à s'en abſtenir, ou à obtenir diſpenſe.

## SECONDE ESPECE.

### *De l'extenſion de la parenté ſpirituelle au mari ou à la femme des perſonnes avec qui elle eſt contractée.*

207. On avoit mis autrefois en queſtion, ſi la parenté ſpirituelle & l'empêchement de mariage qui en réſulte, devoit s'étendre au mari & à la femme des perſonnes avec qui elle eſt contractée.

Pour l'affirmative, l'on diſoit : comme un homme & une femme par la conſommation de leur mariage, deviennet *una caro*, & en quelque façon une même perſonne ; en conſéquence, l'alliance ſpirituelle qu'un homme a contractée, ſoit avec ſon filleul, ſoit avec ſon parrain, ſoit avec ſon compere ſpirituel, ſe communique à ſa femme, qui contracte par conſéquent la même alliance ſpirituelle avec le filleul, le parrain ou le compere ſpirituel de ſon mari ; & pareillement l'alliance ſpirituelle qu'une femme a contractée, ſoit avec ſa filleule, ſoit avec ſa marraine, ſoit avec ſa commere ſpirituelle, ſe communique à ſon mari, qui contracte pareillemement alliance ſpirituelle avec la filleule, la marraine ou la commere ſpirituelle de ſa femme.

Suivant ce principe, 1°. la veuve d'un filleul n'auroit pu épouſer valablement le parrain de ſon défunt mari, & pareillement un homme n'auroit pu épouſer la marraine de ſa défunte femme.

2°. Un homme n'auroit pu épouſer valablemement la filleule de ſa défunte femme, ni une femme le filleul de ſon défunt mari.

3°. Une femme n'auroit pu épouſer valablement le compere ſpirituel de ſon défunt mari, ni un homme la commere ſpirituelle de ſa défunte femme.

C'eſt ce que décide le Pape Nicolas I, dans ſa lettre à Salomon, Evêque de Conſtance, rapportée au décret de Gratien, *cauſ.* 30, *q.* 4, *can.* 1. *Sciſcitatur à nobis ſanctitas veſtra ſi aliquis Romæ duas commatres habere valeat unam poſt alteram? In quo meminiſſe oportet ſcriptum eſſe erunt duo in carne unâ; itaque cùm conſtet quia vir & mulier una caro per connubium efficiuntur, verum compatrem conſtitui illi cujus uxor commater eſſe videbatur, & idcircò liquet virum illi fœminæ non poſſe jungi quæ commater ejus erat cum quâ idem fuerat una caro effectus.*

Suivant ce même principe, Boniface VIII décide qu'un homme ne peut pas épouſer la femme de ſon parrain: *Suſcipientis uxorem ante ſuſceptionem carnaliter cognitam ab eodem*; *Cap.* 1, *de cognat. ſpirit. in 6°.*

208. Le Pape Paſchal II, qui occupoit le Saint Siege à la fin du onzieme ſiecle & au commencement du douzieme, penſoit au contraire que l'alliance ſpirituelle que des perſonnes contractent, & par conſéquent l'empêchement de mariage qui en réſulte, ne ſe commuique ni à leur femme, ni à leur mari. Voici comme il s'explique dans ſa lettre *ad Rheginum Epiſcopum*, qui eſt rapportée au décret de Gratien, *d. q.* 4, *can.* 5: *Poſt uxoris obitum cum commatre uxoris, viri ſuperſtitis conjugium copulari nulla videtur autoritas* (1) *vel ratio prohibere*; *neque enim cognationi carnis cognatio ſpiritûs comparatur, neque per unionem carnis ad unionem ſpiritûs pertranſitur.*

Le Concile de Tribur, à la fin du neuvieme ſiecle, avoit de même décidé qu'un compere ſpirituel pouvoit licitement épouſer la veuve de ſon compere ſpirituel: *Qui ſpiritalem habet compatrem cujus filium de lavacro ſancti fontis ſuſcepit, & ejus uxor commater non eſt, liceat ei defuncto compatre ſuo ejus viduam ducere in uxorem.*

209. Le Concile de Trente a fait ceſſer ces queſtions, en abolifſant tous les empêchemens de mariage réſultans de l'alliance ſpirituelle, autres que ceux qu'il a obſervés.

### Troisieme Espece.

### *Si les enfans de deux Comperes ou Commeres peuvent valablement contracter mariage.*

210. La raiſon de douter, étoit qu'ils paroiſſoient ſe tenir lieu de freres & de ſœurs. Cette queſtion, après avoir été controverſée, avoir été décidée par

(1) Ou Paſchal II ignoroit la déciſion de Nicolas I dans ſa Lettre à Salomon, ou cette lettre étoit une piece ſuppoſée, comme le ſont un grand nombre de celles dont Gratien a compoſé ſes Canons.

Alexandre

Alexandre III, qui avoit jugé qu'à l'exception du filleul ou de la filleule qui ne peuvent contracter mariage avec les enfans de leur parrain ou marraine, les autres enfans des deux comperes ou commeres peuvent contracter mariage enſemble, fauf dans les pays où il y auroit une coutume contraire ; *cap.* 1, *ext. de cognat. ſpirit.*

Le Concile de Trente ayant aboli l'empêchement de mariage qui étoit entre un filleul ou une filleule, & les enfans de leur parrain ou marraine, à plus forte raiſon il n'en peut reſter aucun entre les autres enfans des deux comperes ou des deux commeres.

### Quatrieme Eſpece.

### *Si le Parrain & la Marraine contractent enſemble quelque alliance ſpirituelle.*

211. Il n'eſt pas douteux aujourd'hui que le parrain & la marraine qui tiennent un enfant ſur les fonts de Baptême, ne contractent enſemble aucune véritable alliance ſpirituelle: bien-loin que leur compérage forme entre ces perſonnes un empêchement de mariage, il y eſt très-ſouvent un acheminement.

De-là il ſuit qu'il n'y a pas d'inconvénient que le mari & la femme ſoient le parrain & la marraine d'un enfant d'un tiers.

Il paroît néanmoins qu'on en avoit douté autrefois ; & que c'eſt en conſéquence de ce doute, s'il ne ſe formoit pas une alliance ſpirituelle, qu'Urbain II, vers la fin du onzieme ſiecle, défend au mari & à la femme de tenir enſemble l'enfant d'un tiers, pour plus grande pureté de diſcipline. C'eſt ce que nous liſons au dernier canon de la queſtion 4, cauſ. 30: *Quod uxor cum marito in baptiſmate ſimul non debeat ſuſcipere puerum nullâ autoritate reperitur prohibitum, ſed ut puritas ſpiritualis paternitatis ab omni labe & infamiâ conſervetur immunis, dignum eſſe decernimus, ut utrique in ſimul ad hoc aſpirare minimè præſumant.* Aujourd'hui ce canon n'eſt plus obſervé, n'étant plus douteux qu'un parrain & une marraine ne contractent enſemble aucune alliance ſpirituelle.

## Article V.

### *De l'empêchement d'honnêteté publique.*

212. Les empêchemens d'honnêteté publique ſont ceux qui réſultent des fiançailles, & d'un mariage non-conſommé.

### §. I.

### *De l'empêchement qui réſulte de fiançailles.*

213. Les fiançailles ne produiſent point d'affinité entre l'une des parties fiancées, & les parens de l'autre partie ; car l'affinité naît du mariage, *neceſſitudo inter unum è conjugibus*, &c. *ſuprà*, *n.* 150. Les fiançailles ne renfer-

mant point de mariage, mais seulement un acheminement au mariage, elles ne peuvent donc produire d'affinité.

Mais cet acheminement au mariage que les fiançailles renferment, étant comme un espece de mariage, *in spe*; si les fiançailles ne produisent point une affinité entre l'une des parties fiancées, & les parens de l'autre partie, elles produisent une autre espece de rapport, fondé sur l'honnêteté publique, qui ne permet pas que l'une des parties fiancées puisse valablement contracter mariage, même après la dissolution des fiançailles, avec les parens de la ligne directe de l'autre partie.

Les Romains avoient, même dans le Paganisme, senti ce rapport d'honnêteté publique, & ils avoient en conséquence défendu le mariage entre ces personnes : *Inter me & sponsam patris mei nuptiæ contrahi non possunt, quanquam noverca mea non propriè dicatur :* L. 12, §. 1, ff. *de ritu nupt. Sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non propriè dicatur* : d. l. §. 1, *ejus matrem quam sponsam habui non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est, fuisse enim eam socrum ( minus propriè ).* L. 14, §. *fin.* ff. *d. tit.*

214. Les loix Romaines & l'Eglise, pendant les dix ou douze premiers siecles, n'avoient pas étendu plus loin qu'aux parens de la ligne ( 1 ) directe, ce rapport d'honnêteté publique qui formoit un empêchement de mariage entre l'un des fiancés & les parens de l'autre. Mais depuis, sur la foi d'une fausse Décrétale attribuée à Jules I, qui est rapportée au décret de Gratien, *cauf.* 27, *quæst.* 2, *can.* 15, cet empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles, avoit été étendu à la parenté de la ligne collatérale aussi loin & dans tous les mêmes degrés que l'empêchement d'affinité qui résulte du mariage.

215. Le Pape Boniface VIII avoit même décidé que les fiançailles, quoique non-valablement contractées, formoient cet empêchement, pourvu que la nullité ne procédât pas du défaut de consentement des parties, *ex defectu consensûs*, & qu'elles eussent été contractées *cum certâ ac determinatâ personâ* purement & sans condition; ou que si elles avoient été contractées sous une condition, la condition eût été accomplie; *cap. de spons. in 6°.*

216. Le Concile de Trente a corrigé cette discipline, en ordonnant que cet empêchement n'excéderoit pas le premier degré de la ligne collatérale, & qu'il ne seroit formé que par des fiançailles valablement contractées : *Publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quâcumque ratione valida non erunt, S. Synodus prorsus tollit; ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant; Syn. Trid. Sess* 24, *cap.* 3.

C'est aujourd'hui à cet égard la discipline de l'Eglise.

217. L'Auteur des Conférences de Paris pense que dans les Diocèses où

(1) Il est étonnant que l'Auteur du *Traité sur le Mariage*, de 1753, *pag.* 276, à la fin, dise que l'Empereur Justinien, à l'exemple de ses prédécesseurs, a défendu à un homme d'épouser la sœur de sa fiancée, & qu'il se fonde pour cela sur un paragraphe du titre *de Nuptiis* des Institutes, où il est dit : *Nam constat nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam, novercam esse; rectiùs tamen & jure facturos eos qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.* Il est évident que Justinien en cet endroit, défend seulement à un pere d'épouser la fiancée de son fils, & à un fils d'épouser la fiancée de son pere.

la bénédiction des fiançailles dans l'Egliſe eſt en uſage, les fiançailles ne forment cet empêchement, que lorſqu'elles ont été bénites : il ſe fonde ſur une conſultation de quatre Docteurs de Sorbonne qui le décident ainſi ; & ces Docteurs donnent pour raiſon de leur déciſion, que les promeſſes de mariage que ſe font les parties par les contrats de mariage ou par d'autres actes, renferment la condition, *s'il plaît à notre Mere ſainte Egliſe de les recevoir* : d'où il ſuit, dit-il, que n'ayant pas été reçues par l'Egliſe & confirmées par la bénédiction eccléſiaſtique, elles ſont ſans effet. Je ne ſuis pas de cet avis : ce n'eſt pas la bénédiction des fiançailles, c'eſt le contrat des fiançailles qui forme par lui-même l'empêchement d'honnêteté publique. Cette bénédiction n'eſt qu'un acceſſoire des fiançailles, ſans lequel le contrat de fiançailles ne laiſſe pas d'avoir toute ſa perfection ; puiſque, ſans que cette bénédiction ſoit intervenue, il donne une action à chacune des parties, pour en pourſuivre l'exécution, tant devant le Juge d'Egliſe que devant le Juge ſéculier. Lorſque mon fils & une fille, du conſentement de leur famille, ont paſſé un contrat de mariage devant Notaires, quoique le mariage ait été manqué, & que les fiançailles n'aient point été bénites, cette fille n'en a pas moins été la fiancée de mon fils, la future épouſe de mon fils, & ma future bru ; ce qui ſuffit pour que l'honnêteté publique ne permette pas que je puiſſe l'épouſer.

218. Il ſuffit pour faire naître l'empêchement qui réſulte des fiançailles, qu'elles aient été valablement contractées. Quoiqu'elles aient été depuis diſſoutes, ſoit par le conſentement mutuel des parties, ſoit par la mort, cet empêchement ne laiſſe pas de ſubſiſter : c'eſt l'avis de Fagnan ſur le chap. *ad audientiam, ext. de ſponſal. & matrim.* & de Corradus, qui atteſtent que leur ſentiment eſt ſuivi dans la Pratique : c'eſt auſſi celui de Van-Eſpen. La raiſon eſt, qu'il ſuffit qu'une femme, par les fiançailles qu'elle a contractées, ſoit avec mon pere, ſoit avec mon fils, ſoit avec mon frere, ait eu pendant quelque temps à mon égard un commencement de qualité de belle-mere, de bru, ou de belle-ſœur, pour que la pudeur & l'honnêteté publique ne permettent pas qu'elle devienne ma femme.

219. Mais ſi une femme avoit été fiancée à mon pere, & que ces fiançailles euſſent été diſſoutes avant que je fuſſe au monde, elles n'auroient pu former entre cette femme & moi, qui n'étois pas au monde, aucune alliance d'honnêteté publique, ni par conſéquent aucun empêchement de mariage : on ne peut pas dire en ce cas qu'elle ait jamais eu à mon égard aucun commencement de qualité de belle-mere, puiſque quand je ſuis venu au monde, elle avoit déja ceſſé d'être la fiancée de mon pere.

220. Lorſque des fiançailles ont été contractées ſous une condition ſuſpenſive, elles ne peuvent former l'empêchement d'honnêteté publique, ſi elles ne ſont pas confirmées par l'accompliſſement de la condition. Quoique Boniface VIII ait voulu que même les fiançailles nulles produiſiſſent l'empêchement d'honnêteté publique, il a néanmoins reconnu que les fiançailles conditionnelles ne pouvoient le produire, ſi la condition n'étoit accomplie ; *cap.* 1, *de ſponſal. in* 6°. comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 215. Les fiançailles conditionnelles ont cela de commun avec toutes les conventions conditionnelles,

qu'elles ne produiſent aucun droit, tant que la condition n'eſt pas encore accomplie, & que le défaut d'accompliſſement de la condition les a fait regarder comme non-avenues.

## §. II.

### *De l'affinité qui reſulte du mariage non-conſommé.*

221. Les Loix Romaines ne diſtinguoient pas ſi le mariage avoit été conſommé, ou non, pour qu'il produiſît l'affinité entre l'un des conjoints par mariage & les parens de l'autre, comme nous l'avons déja obſervé *ſuprà, n.* 152.

Nous apprenons par la conſtitution de Zénon, qu'il y avoit une loi chez les Egyptiens qui avoit ſuivi cette diſtinction, & ſuivant laquelle un frere épouſoit valablement la veuve de ſon frere, lorſqu'elle étoit encore vierge, ſon mari étant mort avant qu'il eût conſommé le mariage, qui ne devoit pas être cenſé avoir été un mariage réel & effectif, n'ayant pas été conſommé. L'Empereur Zénon abroge cette loi des Egyptiens, & déclare nuls des mariages qui ont été contractés entre ces perſonnes : *Licet quidam Egyptiorum*, dit l'Empereur, *idcircò mortuorum fratrum ſibi conjuges matrimonio copulaverint, quod poſt illorum mortem manſiſſe virgines dicebantur, arbitrati ſcilicet quod certis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias non videri re eſſe contractas, & hujuſmodi connubia tunc temporis celebrata, firmata ſunt : tamen præſenti lege ſancimus, ut ſi quæ hujuſmodi nuptiæ contractæ fuerint, eas earumque contractores, & ex his progenitos antiquarum legum tenori ſubjacere, nec ad exemplum Egyptiorum eas videri fuiſſe firmas vel eſſe firmandas*; L. *penult. Cod. de inceſt. nupt.*

222. Quoique, ſuivant les principes du Droit canonique, un mariage qui n'a pas été conſommé, ne forme pas l'affinité, comme nous l'avons vu *ſuprà, n.* 152, il forme entre l'un des époux & les parens de l'autre, une autre eſpece d'empêchement dirimant de mariage, qu'on appelle *empêchement d'honnêteté publique*, lequel s'étend auſſi-loin que celui de l'affinité.

Nous avons cru inutile d'entrer dans la diſcuſſion, ſi le chap. *ad audientiam 4, ext. de ſponſal. & matrim.* eſt dans l'eſpece d'un mariage contracté par fiançailles *de préſent* & non conſommé, comme le prétendent Cujas & Fagnan, ou s'il eſt dans l'eſpece des fiançailles *de futuro*. Si celles-ci formoient alors un empêchement d'honnêteté publique qui s'étendoit auſſi loin que celui d'affinité, parce qu'elles ſont un acheminement à une eſpece de commencement de mariage, à plus forte raiſon, le mariage parfait non-conſommé doit produire un pareil empêchement d'honnêteté publique.

Pareillement, puiſque les fiançailles *de futuro* contractées entre perſonnes certaines & déterminées, quoique nulles, pourvu que ce ne fût pas par défaut de conſentement, formoient, avant le Concile de Trente, un empêchement dirimant, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, il ne peut être douteux que le mariage non-conſommé, quoique nul, pourvu que ce ne fût pas par défaut de conſentement, formoit alors un pareil empêchement, puiſque le mariage non-conſommé eſt quelque choſe de bien plus conſidérable & de bien plus reſpectable que de ſimples fiançailles *de futuro*, & qu'il

les renferme éminemment. Cela eſt d'ailleurs décidé formellement par le Chap. IV, *ext. de Sponſal. & Matrim.* en ſuppoſant qu'il eſt dans l'eſpece d'un mariage non-conſommé.

223. Le Concile de Trente a bien reſtreint l'empêchement d'honnêteté publique, qui réſulte des fiançailles *de futuro*, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent; mais il n'a pas touché à celui qui réſulte du mariage non-conſommé; il n'y a pas été queſtion de cette eſpece d'empêchement. Les Hiſtoriens du Concile qui rapportent toutes les différentes matieres qui furent traitées & agitées alors, n'en diſent pas le moindre mot. Le Pape Pie V, dans ſa Bulle *ad Romanum*, qu'il donna cinq ans après la concluſion du Concile, déclare que ce qu'il a réglé ſur l'empêchement qui réſulte des fiançailles, ne regarde que celui qui réſulte des fiançailles *de futuro*; qu'on n'en doit rien inférer pour ce qui concerne celui qui réſulte d'un mariage non-conſommé; 1°. parce que lorſqu'il s'agit d'abroger ou changer l'ancien Droit par une loi nouvelle, il faut que la loi s'en explique expreſſément: 2°. parce qu'un mariage parfait, quoique non-conſommé, étant un engagement plus conſidérable, plus reſpectable, plus inviolable que celui qui renferme de ſimples fiançailles *de futuro*, on ne peut, de la diminution que le Concile a apportée à l'empêchement des fiançailles, tirer aucune conſéquence pour celui du mariage non-conſommé; ce ſeroit argumenter *à minori ad majus*, ce qui eſt un mauvais argument.

Il faut donc tenir que l'empêchement d'honnêteté publique, qui réſulte du mariage non-conſommé, s'étend aujourd'hui, de même qu'avant le Concile de Trente, auſſi-loin que celui qui réſulte de l'affinité.

Par la même raiſon, on doit tenir qu'aujourd'hui, comme auparavant le Concile de Trente, un mariage non-conſommé, quoique nul, pourvu qu'il ne le ſoit pas par défaut de conſentement, & qu'il ait été contracté avec une perſonne certaine & déterminée, forme cet empêchement. C'eſt le ſentiment de Fagnan, ſur le Chap. *ad Audientiam* 4, *ext. de Sponſal. & Matrim.* & celui de Van-Eſpen.

224. Il nous reſte a obſerver à l'égard de l'empêchement d'honnêteté publique, qui réſulte des fiançailles ou du mariage non-conſommé, qu'il ſe contracte, de même que l'empêchement d'affinité, entre l'une des parties, & les parens de l'autre partie, ſoit que leur parenté avec l'autre partie ſoit une parenté légitime, ſoit qu'elle ſoit illégitime.

## §. III.

### *Autre cas.*

On a trouvé un empêchement d'honnêteté publique dans le mariage d'un homme avec la belle-mere de ſa défunte femme. Il n'y a aucune affinité véritable entre ces perſonnes; car un homme, en ſe mariant, ne contracte affinité qu'avec les parens de ſa femme: il n'en contracte pas avec les affins de ſa femme. Or la belle-mere de ma femme n'eſt pas la parente de ma femme; elle ne lui eſt qu'*affinis*: il n'y a donc pas d'affinité entr'elle & moi.

Il y auroit eu, avant le Concile de Latran, une espece d'affinité, qu'on appelloit affinité du second genre, & qu'on croyoit être entre l'un des conjoints par mariage, & les affins de l'autre; mais cette espece d'affinité du second genre a été abrogée par le Concile de Latran, & elle ne forme plus un empêchement de mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 161. Néanmoins, l'espece s'étant présentée en Normandie, un homme ayant voulu épouser la belle-mere de sa défunte femme, ayant même obtenu pour cet effet un rescrit de Rome, qui avoit été entériné par l'Evêque d'Avranches, & ayant en sa faveur des consultations de Sorbonne; sur l'appel comme d'abus qui fut interjetté, le Parlement de Normandie trouvant dans ce mariage un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique, dit qu'il avoit été abusivement procédé à l'entérinement du rescrit, & fit défenses de passer outre au mariage, à peine de la vie. Voyez Brillon, *verbo* Mariage, *p.* 302. Suivant cet Arrêt, l'empêchement que les Canonistes appelloient *d'affinité du second genre*, a paru au Parlement de Normandie, former encore aujourd'hui dans la ligne directe un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique; & cet empêchement lui a paru si considérable, qu'il a jugé qu'il n'étoit pas susceptible de dispense.

L'Arrêt est du 17 Décembre 1617. Févret qui le rapporte, L. 5, *ch.* 3, *n.* 6, en rapporte encore un autre du même Parlement, par lequel, suivant le même principe, le rescrit qu'un homme avoit obtenu pour épouser la veuve de son privigne, fut déclaré abusif, & défenses furent faites de passer à la solemnisation du mariage, à peine de la vie.

Ces Arrêts sont aussi rapportés par Mornac *ad* L. 42, ff. *de rit. nupt.*

Les Loix Romaines reconnoissent cette espece d'empêchement d'honnêteté publique; c'est ce qui paroît par la Loi 15, ff. *de rit. nupt.* qui défend à un homme d'épouser la veuve de son beau-fils ou privigne, & à une femme d'épouser l'homme veuf de sa belle-fille.

## ARTICLE VI.

### *De l'empêchement qui résulte du rapt & de la séduction.*

### §. I.

### *Du Rapt.*

225. Le rapt formoit autrefois un empêchement dirimant de mariage entre le ravisseur & la personne ravie, qui étoit perpétuel, & duroit, soit qu'elle fût encore, soit qu'elle eût cessé d'être en la puissance du ravisseur.

Justinien, L. *un. Cod. de rapt. de virg.* dit; *Nec sit facultas raptæ virgini vel viduæ raptorem ut suum sibi maritum exposcere.... NULLO MODO, nullo tempore datur licentia, &c.*

Les Capitulaires de Charlemagne ordonnent pareillement que celui qui a ravi une fille, *nunquam illam uxorem habeat*, VI, 60; *eas nullatenùs habeant uxores*, VII, 395.

Le Concile de Pavie, *Ticinense cap.* 10, tenu en 850, dit aussi: *Puellæ ip-*

*fis à quibus raptæ ſunt, legitimæ demùm uxores nullatenùs eſſe poſſunt.*

226. Depuis, la diſcipline a changé. Innocent III décide que la perſonne ravie peut contracter mariage avec le raviſſeur, ſi elle ſe détermine librement à y conſentir ; *Cap.* 7, *extr. de raptoribus.*

227. Le Concile de Trente a pris un parti mitoyen ; il ne permet pas le mariage entre la perſonne ravie & le raviſſeur, tant qu'elle eſt en ſa puiſſance, quelque conſentement qu'elle y donne : *S. Synodus decrevit, inter raptorem & raptam, quamdiù ipſa in poteſtate raptoris manſerit, nullum poſſe conſiſtere matrimonium :* & en cela il corrige le Droit des Décrétales ; mais il permet ce mariage, lorſque la perſonne ravie le contracte après qu'elle a ceſſé d'être en la puiſſance du raviſſeur, *à raptore ſeparata & in loco tuto conſtituta ;* & en cela, il s'écarte de la rigueur de l'ancien Droit.

Notre Droit eſt conforme en ce point à la diſcipline du Concile de Trente. L'Ordonnance de 1639, *art.* 5, » déclare nuls les mariages faits avec ceux » qui ont ravi des veuves, ou filles de quelqu'âge ou condition qu'elles ſoient, » ſans que par le temps, ni par le conſentement des perſonnes ravies, de » leurs pere & mere, tuteurs, ils puiſſent être confirmés, *tandis que* les per» ſonnes ravies ſont en la puiſſance du raviſſeur. »

## §. II.

### *De la ſéduction.*

2028 Nous entendons ici par *ſéduction*, lorſque ſans employer la violence, mais par de mauvaiſes voies & de mauvais artifices, on engage une jeune perſonne à conſentir à un mariage.

La ſéduction, dans notre Droit François, n'eſt pas moins un empêchement dirimant de mariage, que le rapt : nous le regardons même comme une eſpece de rapt, & nous l'appellons *rapt de ſéduction.*

229. La ſéduction ſe préſume de droit, lorſqu'un mineur s'eſt marié ſans le conſentement de ſes pere & mere, tuteur ou curateur ; & en conſéquence ſur l'appel comme d'abus que les pere, mere, tuteur ou curateur interjettent de ces mariages, les Parlemens les déclarent nuls ; Voyez *infrà*, *part.* 4, *chap.* 1, *art.* 2.

Cela a lieu, même dans le cas auquel un François mineur ſe ſeroit marié hors le Royaume, dans un pays où cette préſomption n'eſt pas admiſe, & où les mariages des mineurs ſont valables ſans le conſentement de leurs pere & mere. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt rapporté par d'Héricourt, à l'égard d'un mineur de Lyon qui s'étoit marié à Liege : le mariage fut déclaré abuſif. La raiſon eſt que nos loix qui obligent les mineurs à requérir le conſentement de leurs pere & mere pour ſe marier, & qui les préſument ſéduits lorſqu'ils y ont manqué, ſont des loix, qui, ayant pour objet les perſonnes, ſont perſonnelles, & exercent leur empire à l'égard des perſonnes qui y ſont ſujettes, en quelqu'endroit qu'elles contractent.

230. La ſéduction n'eſt pas préſumée à l'égard des majeurs, à moins que le commerce illicite n'ait commencé dès le temps de leur minorité ; de ma-

niere que le mariage contracté en majorité puiſſe être une ſuite de la ſéduction.

## ARTICLE VII.

### *De l'empêchement de mariage qui réſulte de l'adultere.*

231. Les Loix Romaines avoient établi un empêchement dirimant de mariage entre une femme & ſon adultere, qui empêchoit que cette femme pût, après la mort de ſon mari, contracter valablement mariage avec lui. Cela ſe tire par induction de la Loi 40, ff. *ad leg. Jul. de adult.* où Paul décide que lorſqu'un mari a commencé contre une perſonne des pourſuites pour l'accuſer d'adultere avec ſa femme, qu'il n'a pas ſuivies, ces pourſuites ne peuvent mettre un obſtacle au mariage que ſa femme contracteroit après ſa mort avec cette perſonne; *Paulus reſpondit nihil impedire quominùs ei quem ſuſpectum maritus habuit, ea de qua quæritur, nubere poſſit.*

La conſéquence paroît naturelle, que la femme n'eût pu l'épouſer s'il n'eût pas été ſeulement ſuſpect, mais qu'il eût été convaincu d'adultere avec elle. Godefroy, en ſes notes ſur cette loi, en a tiré cette conſéquence.

Saint Auguſtin, en ſon ouvrage *de nupt. & concub. lib.* 1, *cap.* 10, nous fournit auſſi un témoignage de cette eſpece d'empêchement qui avoit lieu de ſon temps par les Loix Romaines; il dit: *marito mortuo cum quo verum connubium fuit, fieri verum connubium non poteſt, cum quo priùs adulterium fuit.*

Gratien qui rapporte ce texte dans ſon décret, *cauſ.* 31, *q.* 1, *can.* 2, a omis la négation, & a écrit *poteſt* au lieu de *non poteſt;* mais la négation ſe trouve dans le texte de Saint Auguſtin, comme l'ont reconnu les Correcteurs Romains, qui nous atteſtent qu'elle ſe trouve dans le manuſcrit des Œuvres de ce Pere, qui eſt au Vatican.

Outre que, pour que la leçon de Gratien fût bonne, il faudroit ſuppoſer que Saint Auguſtin eût ignoré la Loi Romaine ſur ce point, ce qui ne ſe peut ſuppoſer; le ſens de ce texte de Saint Auguſtin demande cette négation. Le ſaint Docteur releve dans cet endroit la force du lien conjugal: il dit, qu'il eſt ſi fort & ſi indiſſoluble, qu'il n'eſt pas permis par la Loi de l'Evangile de répudier ſa femme; & que même après la divorce que la loi du ſiecle permet, le lien conjugal continue de ſubſiſter tellement entre les conjoints, qu'ils demeurent toujours véritables époux & épouſe, nonobſtant le mariage que l'un des deux auroit contracté avec une autre perſonne, lequel, quoique permis par la loi du ſiecle, eſt par la Loi de l'Evangile plutôt un adultere qu'un mariage. Enfin, pour relever le lien conjugal, il ajoute, que le violement de ce lien, par une union adultérine qu'une femme a avec ſon adultere, a paru ſi énorme, que le vice de cette union ne peut être purgé, ni devenir par la ſuite un mariage légitime, même après la mort de ſon mari; *& denique marito mortuo.....fieri verum connubium non poteſt, cum quo priùs adulterium fuit.*

Juſtinien en ſa Novelle 134, *cap.* 12, déclare auſſi nul le mariage qu'une femme a contracté avec l'homme avec qui elle avoit commis adultere pendant ſon premier mariage: *Si quis accuſatus de adulterio, per proditionem judicium*

*judicium aut alio quolibet modo, à legibus pœnis effugerit, & post hoc inveniatur cum muliere de quâ accusatus est turpiter conversatus, & in matrimonium accipere eam, & hoc fiat vivente marito aut post ejus mortem, neque matrimonium valere censemus, &c.*

232. L'Eglise ayant toujours observé religieusement dans sa discipline les loix séculieres, les peuples d'Occident qui se convertirent à la foi, trouverent cet empêchement établi par la discipline de l'Eglise, & s'y conformerent. Cette discipline étoit encore suivie en Allemagne sur la fin du neuvieme siecle.

Le Concile de Tribur en Franconie, tenu en l'an 895, dans le quarantieme de ses canons, dit: *non licet ut ullus eâ utatur in matrimonio, cum quâ prius pollutus est in adulterio.*

Gratien, *caus.* 31, *q.* 1, *can.* 4, au lieu de cela, fait dire au Concile de Tribur: *Relatum est..... quemdam alterius uxorem stupro violasse, & insuper mœchæ, vivente viro suo, juramentum dedisse, ut post legitimi mariti mortem, si supervixisset, duceret uxorem; quod & factum est, tale ergo connubium prohibemus, & anathematisamus.*

Il est vrai que le fait qui avoit donné occasion au canon, & qui est rapporté par les Peres du Concile, étoit un mariage contracté par un homme avec une femme, avec qui il avoit auparavant commis adultere sous la promesse de l'épouser après la mort de son mari: mais le canon que le Concile fait à cette occasion, est conçu en termes généraux, tels que nous les avons rapportés, & n'est pas restreint au cas particulier qui y a donné occasion.

233. Cette discipline avoit reçu quelqu'altération en France dès le neuvieme siecle: on regardoit l'adultere comme un empêchement prohibitif de mariage, mais qui n'étoit pas dirimant, à moins qu'il ne fût accompagné de quelques circonstances aggravantes. C'est ce que nous apprenons du Concile de Meaux, tenu en 845, sous Charles-le-Chauve, qui veut que lorsqu'une femme, après la mort de son mari, a épousé son adultere, on les soumette à la pénitence publique; & qu'après le temps de la pénitence fini, on puisse leur permettre d'habiter ensemble, à moins que l'adultere n'eût été suivi du meurtre du premier mari, ou qu'il y eût quelqu'autre empêchement: *is qui vivente marito conjugem alterius adulterasse accusatur, & eo in proximo defuncto eamdem sumsisse dignoscitur, in omnimodis publicæ pœnitentiæ subigatur, de quo etiam post pœnitentiam præfata (1) servabitur regula, nisi fortè idem aut mulier virum qui mortuus fuerat, occidisse notentur, aut propinquitas vel alia quælibet actio criminalis impediat*; Can. 69.

234. Dans les siecles suivans on ne regarda plus l'adultere comme un empêchement dirimant de mariage, que lorsqu'il étoit accompagné de promesse de s'épouser, faite durant le mariage, ou suivi de meurtre de l'autre conjoint. Le décret de Gratien, dans lequel on étudioit alors le Droit canonique sans

(1) C'est celle qui se trouve au canon 64, qui, dans une autre espece, porte, qu'on pourra, après le temps de la pénitence fini, permettre aux parties d'habiter ensemble, en leur faisant compenser cette indulgence par des aumônes, ou autres œuvres pies.

conſulter les ſources, accrédita beaucoup cette opinion: on ne la regardoit pas néanmoins encore dans le douzieme ſiecle comme un point bien décidé. C'eſt ce que nous liſons dans une Décrétale d'Alexandre III, *cap.* 1, *Ext. de eo qui duxit, &c. Licet in canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio quam prius polluerat adulterio, & illam maximè cui fidem dederat uxore ſuâ vivente, vel quæ machinata eſt in mortem uxoris.* Le terme *maximè* empêche la reſtriction de la regle à ces deux cas, & inſinue que même hors ces deux cas, l'adultere peut ſeul & par lui-même être un empêchement dirimant de mariage.

235. Enfin dans le 13^e^. ſiecle, le Pape Innocent III a adopté, en termes formels, la reſtriction de l'empêchement à ces deux cas, par ſa décrétale qui eſt au chap. *Significaſti 6 Ext. d. tit. Significaſti quod cum P. Civis Spoletanus quamdam mulierem duxiſſet legitimè, eâ relictâ, cuidam meretrici adhæſit; verum cum uxor ipſius eſſet viam univerſæ carnis ingreſſa, meretricem cui adhæſerat, deſponſavit: reſpondemus quod niſi alter eorum in mortem uxoris defunctæ fuerit machinatus, vel eâ vivente ſibi fidem dederit de matrimonio contrahendo, legitimum judices matrimonium.*

Cette déciſion a fixé ſur ce point la diſcipline de l'Egliſe, & a toujours depuis été ſuivie, & l'eſt encore aujourd'hui.

Suivant cette diſcipline, la promeſſe de s'épouſer rend bien l'adultere empêchement dirimant de mariage, mais cette promeſſe faite durant le mariage, lorſqu'elle n'a pas été précédée ou ſuivie d'adultere, c'eſt-à-dire, d'un commerce charnel avec l'homme ou la femme à qui elle a été faite, quoiqu'elle ſoit criminelle, ne forme pas un empêchement de mariage: il faut, pour contracter l'empêchement, que les deux choſes aient concouru, l'adultere & la promeſſe.

236. Si l'adultere commis en ſecret, auquel eſt jointe une promeſſe de s'épouſer, forme un empêchement dirimant de mariage, à plus forte raiſon, l'adultere public que je commets en épouſant du vivant de ma femme, une autre femme qui n'ignore pas que je ſuis marié, doit-il former un empêchement dirimant, qui empêche que ce ſecond mariage ne puiſſe ſe réhabiliter après la diſſolution du premier.

Il en eſt de même, lorſqu'une femme, du vivant de ſon mari, épouſe un autre homme qui ſçait qu'elle eſt mariée.

237. Obſervez néanmoins que le mariage que j'ai contracté publiquement du vivant de ma femme, avec une autre femme, ne renfermant un adultere que par le commerce charnel que j'aurois eu avec elle du vivant de ma premiere; ſi mon premier mariage vient à ſe diſſoudre par la mort de ma premiere femme, avant que j'aie connu charnellement cette ſeconde femme, n'y ayant point en ce cas d'adultere, ce ſecond mariage, quoiqu'il ait été ſcandaleux & criminel, peut être réhabilité: c'eſt ce que décide le Pape Grégoire IX. *Si quis*, dit ce Pape, *uxore vivente, fide datâ, promiſit aliam ſe ducturum, vel cum ipſâ de facto contraxit, ſi nec ante nec poſt, legitimâ ſuperſtite, cognovit eamdem; quamvis graviter deliquerint, non eſt tamen matrimonium, quod cum ea contraxit poſt uxoris obitum, dirimendum; cap. fin. Ext. de eo qui duxit in matrim.*

238 Mais lorſque le ſecond mariage, contracté durant le premier, a été précédé ou ſuivi du commerce charnel avant la diſſolution du premier mariage, il ne peut plus, après la diſſolution du premier mariage, être réhabilité.

Cela a lieu, 1°. quand même le premier mariage, durant lequel le ſecond auroit été contracté, n'auroit pas été conſommé par le commerce charnel. Il ſuffit qu'il ait été valablement contracté, il n'en eſt pas moins, quoique non-conſommé, un véritable mariage; & le ſecond n'en eſt pas moins entaché du vice d'adultere, qui empêche qu'il ne puiſſe être réhabilité après la diſſolution du premier. C'eſt ce que décide formellement le Pape Alexandre III, au chap. 2, *Ext. d. tit.*

2°. Quand même un homme auroit fait condamner ſa femme, pour cauſe d'adultere, à une récluſion dans un Monaſtere, le mariage qu'il a contracté avec une autre femme, du vivant de cette premiere, quoiqu'elle fût alors récluſe, n'en eſt pas moins entaché du vice d'adultere, & ne peut être réhabilité après la mort de la premiere: c'eſt ce que décide le Pape Clément III: *Accepimus quod T. uxorem ſuam in adulterio deprehenſam de tui anteceſſoris aſſenſu abjecit, quæ poſtmodum accepit habitum monachalem, ſed dictus T. antequam illa decederet aliam ſuperinduxit, & plures ſuſcepit filios ex eadem. Reſpondemus quod illos debes ab invicem ſeparare; idem verò vir indictâ ab ea pœnitentiâ, aliam poterit ducere uxorem; cap. 4, ext. d. tit.*

3°. Le ſecond mariage contracté durant le premier, ne peut être réhabilité après la diſſolution du premier, quelque long-temps qu'ait duré ce ſecond mariage, & quoiqu'il y en ait un grand nombre d'enfans. C'eſt ce qui paroît par le chap. 4 que nous venons de rapporter, & ce qui eſt encore décidé par le même Pape, au chap. 5, où il en donne cette raiſon: *Nec aliquod adminiculum afferunt ut ſimul maneant, quod decennio cohabitaverint, ac decem filios ſuſceperint; cum multiplicitas prolis ita ſuſceptæ, magis eorum crimen exaggeret, & diuturnitas temporis peccatum non minuat, ſed augmentet.*

239. Nous n'avons parlé juſqu'à préſent que du cas auquel un homme du vivant de ſa femme, ou une femme du vivant de ſon mari, a contracté mariage avec une perſonne qui n'ignoroit pas que celle avec qui elle contractoit mariage, étoit mariée à un autre: ce n'eſt que dans ce cas que ce mariage, qui a été contracté de mauvaiſe foi par les deux parties, ne peut abſolument être réhabilité après la diſſolution du premier.

Mais lorſque du vivant de ma femme, j'ai contracté mariage avec une autre femme qui ignoroit que je fuſſe marié, & qui a contracté de bonne foi avec moi, ce ſecond mariage peut, après la diſſolution du premier par la mort de ma premiere femme, être réhabilité, & je ne ſuis pas recevable après la diſſolution de mon premier mariage, à en demander la caſſation, ſi cette ſeconde femme n'y conſent. C'eſt ce que décide le Pape Alexandre III. *Propoſitum eſt nobis*, dit ce Pape, *quod vir quidam uxorem habens, ſibi aliam hujuſmodi rei inſciam copulavit; ſed primâ mortuâ nititur diſcedere à ſecundâ.... quia non dignum eſt ut præditus vir qui ſcienter contra canones venerat, luorum de ſuo dolo reportet: reſpondemus quod niſi mulier divortium petet, ad petitionem viri non ſunt aliquatenùs ſeparandi; cap. 1, Ext. d. tit.*

Innocent III décide la même chose dans l'espece suivante. Un homme de Limoges quitte sa femme, s'en va à Messine, & du vivant de sa femme y épouse une autre femme qui ne sçavoit pas qu'il fût marié. Depuis, le mariage avec sa premiere femme ayant été découvert, on le met en pénitence, & on l'oblige à retourner à Limoges avec sa premiere femme. En y arrivant, il la trouve morte: il revient à Messine, & il habite avec sa seconde femme, comme ayant pu, par la mort de la premiere, devenir sa légitime épouse. Innocent III décide qu'on peut le lui permettre: *Licet*, dit ce Pape, *vivente uxore legitimâ prædictam M. sibi copulare nequiverit in uxorem, quia tamen uxore defunctâ utpote à lege ipsius solutus, in eamdem M. de novo potuit matrimonialiter consentire, dummodo non præstiterit fidem* (1) *adulteræ, vel machinatus fuerit in mortem uxoris; mandamus, quatenus, si est ita, eidem ut supradictæ M. affectu adhæreat conjugali licentiam concedatis; cap. 7, Ext. d. tit.*

## ARTICLE VIII.

### *De l'empêchement qui résulte du meurtre.*

240. Le meurtre de l'un des deux conjoints par mariage, forme un empêchement dirimant de mariage entre le meurtrier & l'autre conjoint survivant, en deux différens cas. Le premier est lorsque le meurtre s'est fait avec la participation du conjoint survivant; *Cap. Laudabilem 1, Ext. de convers. infidel.*

Si la femme avoit d'abord consenti au meurtre de son mari, qu'un homme se proposoit de faire, & qu'avant qu'il l'eût exécuté, elle lui eût déclaré qu'elle ne consentoit plus à ce meurtre, on ne peut plus dire qu'il a été commis du consentement de la femme; l'ayant révoqué, il ne subsistoit plus: le meurtre en ce cas ne formera pas un empêchement de mariage entre cette femme & le meurtrier.

241. Le second cas est, lorsque le meurtrier est en même temps l'adultere de l'autre conjoint; *cap. super hoc 3, Ext. de eo qui dux.*

Le meurtre seul, fait sans la participation du conjoint survivant, ne formeroit pas l'empêchement. L'adultere seul, fait sans promesse d'épouser, ne le formeroit pas: mais le concours de l'adultere & du meurtre, forme cet empêchement.

242. Observez que dans l'un & l'autre cas, pour que le meurtre forme un empêchement dirimant, il faut qu'il ait été consommé. Une tentative ne forme pas l'empêchement. Les loix pénales s'interprétent littéralement.

Cette espece d'empêchement est fondée sur une raison assez plausible; afin qu'un homme qui a de la passion pour une femme mariée à un autre, sçachant qu'il ne peut jamais parvenir à contracter valablement mariage par le meurtre de son mari, soit moins tenté de commettre ce meurtre.

---

(1) *Id est, modò post detectum priùs matrimonium, non perrexerit vivente primâ uxore cohabitare cum secundâ, jam adulterii conscià, fide ei datâ redintegrandi matrimonii post mortem prioris uxoris.*

Cet empêchement n'eſt néanmoins que de droit poſitif. Il n'eſt pas du droit naturel; car il ne paroît pas que Dieu ait condamné le mariage de David avec Berſabée: c'eſt un fils né de ce mariage, qui par l'ordre de Dieu, a été le ſucceſſeur au trône de ſon pere.

## ARTICLE IX.

### *De l'empêchement qui réſulte de la diverſité de Religion.*

243. Nous n'avons aucun texte dans le Nouveau Teſtament, qui défende d'une maniere directe & abſolue, aux fidèles de ſe marier avec des infideles ou des hérétiques.

Les textes où quelques Peres ont cru voir cette défenſe, ne ſont rien moins que formels.

Le premier eſt dans la premiere aux Corinth. *ch.* 7, *v.* 39, où il eſt dit: *mulier.... ſi dormierit vir ejus, liberata eſt; cui vult nubat, tantùm in Domino.*

Quelques Peres ont cru que ces termes, *tantùm in Domino*, ſignifioient qu'elle ne devoit ſe marier qu'à un Chrétien. Il paroît que ces termes ne diſent pas cela; mais ſeulement, qu'elle doit dans ce mariage, de même que dans les autres actions de ſa vie, rechercher quelle eſt la volonté du Seigneur.

Il en eſt de même de l'autre texte, qui eſt dans la ſeconde aux Corinth. *chap.* 6, où il eſt dit: *Nolite jugum ducere cum infidelibus; quæ enim participatio juſtitiæ cum impietate, &c.* Il n'eſt pas queſtion dans ce texte, de mariage. Saint Paul défend aux fideles tout commerce en général avec les infideles, ſans néceſſité ni utilité, & lorſque ce commerce peut être une occaſion de péché.

Saint Auguſtin n'a pas cru que ces textes renfermaſſent une défenſe abſolue aux fideles de ſe marier avec les infideles. Car dans ſon ouvrage *de Conjug. adult. lib.* 1, *cap.* 25. *n.* 31, le ſaint Docteur dit que ce texte, *cui vult nubat, tantùm in Domino*, peut s'entendre de deux manieres: *Duobus modis accipi poteſt; aut chriſtiana permanens, aut chriſtiano nubens; non enim*, ajoute le ſaint Docteur, *tempore revelati Teſtamenti novi, in Evangelio vel ullis Apoſtolicis litteris, ſine ambiguitate declaratum eſſe recolo, utrum Dominus prohibuerit fideles infidelibus jungi; quamvis Beatiſſimus Cyprianus inde non dubitet, nec in levibus peccatis conſtituat jungere cum infidelibus vinculum matrimonii, atque id eſſe dicat proſtituere gentilibus membra Chriſti.*

Pareillement, dans le livre *de fide & operibus*, *cap.* 19, *n.* 35, après avoir dit que Saint Cyprien regardoit les mariages des fideles avec les infideles, comme de très-grands péchés qui avoient attiré la colere de Dieu, & les cruelles perſécutions dont l'Egliſe avoit été affligée, le ſaint Docteur ajoute, qu'on ne regarde plus ces mariages comme criminels, n'y ayant rien effectivement dans le Nouveau Teſtament qui en faſſe une défenſe formelle: *Quæ* (matrimonia cum infidelibus) *noſtris temporibus jam non putantur eſſe peccata: quoniam reverà in novo Teſtamento, nihil inde præceptum eſt, & ideo aut licere creditum eſt, aut velut dubium derelictum.*

244. Quoique les mariages des fideles avec les infideles ne fuſſent pas par eux-mêmes mauvais, & quoiqu'ils ne fuſſent pas abſolument défendus par les Livres ſaints, néanmoins lorſqu'ils pouvoient être une occaſion aux fideles de ſe pervertir, ils étoient mauvais dans ces circonſtances, & compris dans la défenſe générale que Jeſus-Chriſt nous fait dans l'Evangile, de nous abſtenir de tout ce qui peut nous être une occaſion de péché & de chûte : *ſi oculus tuus ſcandaliſat te, erue eum, & projice à te.*

Les mariages avec les infideles ſe trouvoient ſouvent dans ces circonſtances être pour les fideles qui les contractoient, une occaſion de chûte, ſurtout dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, où la partie fidelle avoit tout à craindre des ſollicitations de la partie infidelle, auxquelles celle-ci étoit portée, tant par l'averſion qu'on avoit alors pour le Chriſtianiſme, que par la tendreſſe conjugale qui la portoit à ſolliciter la partie fidelle à renoncer au Chriſtianiſme, pour ſe ſouſtraire aux perſécutions.

C'eſt pour cela que Tertullien, dans ſon ſecond livre à ſa femme, & S. Cyprien, dans ſa lettre *de lapſis*, s'élevent avec tant de force contre le mariage des fideles avec les infideles. Le zele qu'ils avoient pour les en empêcher, les porta même juſqu'à regarder ces mariages comme étant mauvais en eux-mêmes, & défendus par les ſaintes Ecritures.

245. C'eſt par rapport au danger qu'il y avoit pour les fideles de ſe marier avec les infideles, que pluſieurs Conciles particuliers défendirent ces mariages.

Le Concile d'Elvire, tenu en 305, ſous l'Empire de Conſtantius-Chlorus, & de Galerius, canon 15, défend de donner des filles chrétiennes en mariage aux payens : *Propter copiam puellarum, gentilibus minimè in matrimonium dandæ ſunt virgines chriſtianæ, ne ætas in flore tumens, in adulterio animæ reſolvatur.*

Par le canon ſuivant, le Concile défend, par la même raiſon, aux parens de donner leurs filles aux hérétiques qui ne voudroient pas rentrer dans l'Egliſe, ni aux Juifs ; & en cas de contravention, il ſoumet les parens à une pénitence de cinq ans.

Le danger étant bien plus grand lorſque c'eſt à des Prêtres des idoles que des filles ſont données en mariage, le Concile ordonne qu'en ce cas les parens qui les leur ont données, ſeront privés de la communion, même à la mort : *Si quis Sacerdotibus idolorum filias ſuas junxerint, placuit nec in fine eis dandam eſſe communionem ; can.* 17.

Le Concile d'Arles, tenu ſous Conſtantin en 314, défend auſſi les mariages des fideles avec les infideles, en ſoumettant à la pénitence les filles chrétiennes qui les contractent : *De puellis fidelibus quæ gentilibus junguntur, placuit ut aliquanto tempore à communione ſeparentur ; can.* 11.

Le Concile de Laodicée (1) fait une diſtinction à cet égard entre les Ec-

(1) L'année de la tenue de ce Concile n'eſt pas certaine : Fr. Pithou la rejette à l'an 364 ou 368. Binnius, dans ſes notes ſur ce Concile, prétend qu'il eſt antérieur au grand Concile de Nicée, tenu en 325. *Voyez* leſdites notes, au premier tome du P. Labbe, *pag.* 1522.

cléſiaſtiques & les ſimples fideles : il veut qu'il ſoit défendu ſans diſtinction aux Eccléſiaſtiques de donner leurs enfans en mariage à des hérétiques ; *Non oportet eos qui ſunt Eccleſiæ, indiſcriminatim ſuos filios hæreticis matrimonio conjungere ; can.* 10.

Quoique ces termes, *eos qui ſunt Eccleſiæ* τοις τῆς Εκκλησιας, puiſſent ſignifier tous les fideles, néanmoins il paroît qu'ils ſont pris ici ſeulement pour les Eccléſiaſtiques, puiſqu'il y a un autre canon, qui eſt le trente-unieme, qui comprend les ſimples fideles, où il eſt dit : *Quod non oportet cum omni hæretico matrimonium contrahere, vel dare filios aut filias, ſed magis accipere, ſi ſe chriſtianos futuros profiteantur.* Le Concile n'a pas fait ſans motif deux canons ſur une même choſe : il n'en paroît pas d'autre, ſinon qu'il a cru qu'il ſeroit contre l'honneur du Clergé, que les gens d'Egliſe euſſent des hérétiques pour leurs gendres ou leurs brus. C'eſt pourquoi il veut qu'il ne puiſſe leur être permis, pour quelque cauſe & pour quelque prétexte que ce ſoit, de donner leurs enfans en mariage à des hérétiques. A l'égard des autres fideles, il ne leur défend pas de même *indiſcriminatim*, de marier leurs enfans à des hérétiques : il le leur permet, lorſque c'eſt pour avoir chez eux l'hérétique à qui ils marient leur enfant, & que cet hérétique promet, ou au moins donne eſpérance de ſe convertir.

En Afrique, le troiſieme Concile de Carthage, tenu l'an 397, avoit borné aux enfans des Eccléſiaſtiques, la défenſe des mariages des fideles avec les payens & les hérétiques : *Placuit ut filii vel filiæ Epiſcoporum vel quorumlibet Clericorum, gentilibus vel hæreticis, vel ſchiſmaticis matrimonio non jungantur.*

A l'égard des autres fideles, le mariage ne leur étoit pas défendu avec les infideles, pourvu qu'il n'y eût pas lieu de craindre que ce mariage ne fut pour eux une occaſion de ſe pervertir. C'eſt ce qui nous eſt atteſté par Saint Auguſtin, *ſuprà, n.* 220.

Le Concile général de Chalcédoine, tenu l'an 451, ſous l'Empereur Marcien, dans la défenſe qu'il fait au canon quatorzieme des mariages des fideles avec les infideles & les hérétiques, ne comprend auſſi que les Eccléſiaſtiques & les enfans des Eccléſiaſtiques. Il ordonne par ce canon que les Lecteurs & les Chantres, dans les provinces où il leur eſt permis de ſe marier, ne puiſſent ſe marier qu'à des Catholiques ; & il leur défend de marier leurs enfans, ni à des hérétiques, ni à des Juifs, ni à des payens, à moins qu'ils ne promiſſent de ſe convertir. Qu'il ne leur ſoit pas permis, dit le canon, *neque hæretico, vel Judæo, vel gentili (liberos ſuos) matrimonio conjungere, niſi perſona quæ orthodoxæ conjungitur, ſe orthodoxam fidem convertendam ſpondeat.*

Quoique le Concile de Calchédoine eût borné ſa défenſe aux Eccléſiaſtiques, cela n'empêcha pas des Egliſes particulieres de conſerver la diſcipline qu'elles obſervoient, de défendre généralement à tous les fideles de ſe marier avec des infideles ou des hérétiques, à moins que l'infidele ou l'hérétique ne promît de ſe convertir. C'eſt pourquoi le Concile d'Agde, tenu l'an 506, & par conſéquent depuis le Concile de Chalcédoine, défend en général aux fideles de ſe marier avec des hérétiques, à moins qu'ils ne promettent de ſe convertir. Il tranſcrit pour cet effet, preſque de mot à

mot, dans le ſoixante-ſeptieme de ſes canons, le trente-unieme de celui de Laodicée.

246. A l'exception de ces Egliſes particulieres, il étoit laiſſé à la conſcience des perſonnes qui vouloient ſe marier à des infideles ou des hérétiques, ou à celle des parens qui vouloient donner en mariage leurs enfans à des infideles ou à des hérétiques, de ſe bien conſulter avant de s'y déterminer, & de bien examiner ſi ſelon les différentes circonſtances il y avoit lieu de craindre que ce mariage ne fût pour le fidele une occaſion de péché ou de chûte : & lorſqu'eu égard aux circonſtances & diſpoſitions des parties, on avoit reconnu que bien loin qu'il y eût lieu de craindre que ce mariage ne fût pour la partie fidele une occaſion de chûte, il y avoit au contraire lieu d'eſpérer qu'elle pourroit un jour gagner à la vrai Religion la partie infidele, on pouvoit très-licitement contracter le mariage.

Nous avons pluſieurs exemples de ces mariages, qui ont été ſuivis de la converſion de la partie infidele. Saint Auguſtin nous apprend que Dieu accorda aux larmes & aux prieres de ſa mere ſainte Monique, la converſion de Patrice ſon mari qui étoit Payen. Sainte Clotilde obtint pareillement de Dieu, par ſes prieres, la converſion de Clovis ſon époux, premier Roi Chrétien, qui fut ſuivie de celle d'un grand nombre de Seigneurs & de Soldats François. La converſion d'Agilulphe, Prince Arien, Roi des Lombards, qui conquit ſur la fin du ſixieme ſiecle une grande partie de l'Italie, fut due aux prieres & aux ſoins de ſa femme Théodelinde, auſſi-bien que celle d'un grand nombre des Lombards, qui étoient ou Payens, ou Ariens; Baronius, *tom. 8, ſur l'an 591, n. 49 & 50.*

247. Obſervez que les Conciles dont nous avons rapporté les canons, en défendant aux fideles de ſe marier avec des infideles ou des hérétiques, ſe bornoient à prononcer des peines canoniques contre les fideles qui les contractoient ; mais ne déclaroient pas nuls ces mariages. L'Egliſe alors, comme nous l'avons obſervé *ſuprà, n. 21 & 22*, ne reconnoiſſoit d'autres empêchemens dirimans de mariage, que ceux établis par les loix divines, ou par les loix des Princes ſéculiers.

Les ſecond & troiſieme Conciles d'Orléans, tenus dans le ſixieme ſiecle, l'un l'an 533, l'autre l'an 538, pourroient peut-être paroître déclarer nuls les mariages des Chrétiens avec les Juifs, en ce qu'ils ordonnent à ceux qui les ont contractés, de ſe ſéparer. Le ſecond Concile d'Orléans, au canon 19, dit : *Placuit ut nullus Chriſtianus Judæam, neque Judæus Chriſtianam ducat uxorem, quare inter hujuſmodi perſonas, illicitas nuptias eſſe cenſemus, qui ſi commoniti, à conſortio hoc ſe ſeparare diſtulerint, à communionis gratiâ ſunt ſine dubio ſummovendi.*

Le troiſieme dit, au canon 13 : *Chriſtianis interdicit ne Judæorum conjugiis miſceantur, quodſi fuerint, uſque ad ſequeſtrationem quiſquis ille eſt communione repellatur.*

On peut répondre que la ſéparation que ces Conciles ordonnent, n'eſt qu'une ſéparation d'habitation pour le temps que devra durer la pénitence à laquelle les contractans ſeront ſoumis, pour avoir contrevenu à la défenſe de l'Egliſe. En effet, ils ne déclarent pas nuls ces mariages ; ils les déclarent ſeulement

ſeulement illicites : l'un des canons dit ; *Inter hujuſmodi perſonas, ILLICITAS nuptias eſſe cenſemus ;* il ne dit pas *invalidas.*

248. A l'égard des loix des Empereurs ſur cette matiere, nous n'en avons que deux. L'Empereur Conſtance défendit par une loi aux Juifs, à peine de mort, de ſe marier à des femmes Chrétiennes. C'eſt la loi ſixieme ; *Cod. Theodoſ. de Judæis, &c.*

Les Empereurs Valentinien, Théodoſe & Arcade défendirent, non ſeulement le mariage d'un Juif avec une Chrétienne, mais pareillement celui d'un Chrétien avec une femme Juive, ſous la même peine que celle de l'adultere (1) ; L. 2, *Cod. Theod. de nupt.* & L. 61, *Cod. Theod. ad L. Jul. de adult.*

Juſtinien n'a pas inſéré ces loix dans ſon code ; ce qui prouve qu'elles n'étoient plus obſervées. Il paroît qu'elles ne l'étoient plus, même dès le temps du Concile de Chalcédoine, tenu ſous l'Emperur Marcien ; puiſque ce Concile, en défendant aux Eccléſiaſtiques de marier leurs enfans à des hérétiques, *des Juifs*, ou des payens, ajoute ; à moins qu'ils ne promiſſent de ſe convertir.

249. Ces loix ne concernoient que les Juifs ; les mariages des Chrétiens avec les Payens n'étoient pas défendus, ainſi que nous l'atteſte S. Auguſtin, qui étoit contemporain de l'Empereur Valentinien. Néanmoins l'Auteur des Conférences de Paris, & celui du Traité ſur le mariage de 1753, ont cru trouver dans la Loi unique, *Cod. Theod. de nupt. gentil.* une défenſe des mariages des Chrétiens avec les Payens ; mais ces Auteurs n'ont pas entendu cette Loi. Il n'y eſt pas queſtion de différence de religion. Valentinien & Valens y défendent le mariage entre les Romains & les étrangers. Il y eſt dit : *Nulli provincialium cum barbarâ ſit uxore conjugium, nec ulli gentilium provincialis fœmina copuletur.* Il eſt défendu par cette loi aux Romains qui y ſont appellés *Provinciales*, c'eſt-à-dire, aux peuples des provinces ſujettes à l'Empire Romain, de s'allier par mariage avec les étrangers qui y ſont appellés du nom *de Barbares* & *de Gentils*, tels qu'étoient alors les Francs, les Sarmates, les Sueves, &c. *Voyez* le Commentaire de Jacques Godefroi ſur cette loi.

250. La plus ancienne loi qui ait prononcé la nullité des mariages des Catholiques avec les hérétiques en général, de quelque ſecte qu'ils fuſſent, c'eſt le ſoixante-douzieme canon du Concile tenu à Conſtantinople l'an 692, dans la ſalle du dome du Palais de l'Empereur, appellé pour cela le Concile *in Trullo*, ou autrement le Concile *Quini ſextum*, parce qu'il avoit été aſſemblé pour ſervir de ſupplément au cinquieme & au ſixieme Conciles. Il y eſt dit : *Non licere virum cum muliere hæreticâ conjungi ; neque orthodoxam cum viro hæretico copulari ; ſi quod hujuſmodi à quoniam factum apparuerit, irritas nuptias exiſtimare, & nefarium conjugium diſſolvi, &c.*

Ce Concile que l'Empereur Juſtinien II avoit aſſemblé, & qui étoit compoſé d'Evêques, pour la plupart Monothélites, fut regardé dans l'Egliſe Latine comme Conciliabule, auquel Sergius, qui occupoit alors le Siege de

(1) Qui étoit alors la peine de mort, ſuivant la Loi de Conſtantin.

Rome, refusa d'adhérer, nonobstant les ordres & les menaces de l'Empereur. C'est pourquoi les canons qui ont eté faits dans ce Concile, quoique placés par les Grecs à la fin du sixieme Concile général, duquel on vouloit faire regarder ce Concile comme un supplément, n'ont eu par eux-mêmes aucune autorité dans l'Eglise Latine, qui n'en a reçu que ce qu'elle a trouvé de conforme à sa discipline. Ce canon 72, qui déclaroit nuls les mariages des fideles avec les hérétiques, & qui en cela étoit contraire à sa discipline, n'a pu y être reçu.

251. Depuis, on a continué de regarder les mariages des fideles avec les hérétiques, comme dangereux, & en cela mauvais, même comme défendus. Mais je ne connois aucune loi séculiere en France, ni aucun canon qui les ait déclarés nuls avant l'Edit de Louis XIV du mois de Novembre 1680.

Le Roi, par le préambule de cet Edit, s'explique ainsi : Les canons des Conciles ayant condamné les mariages des Catholiques avec les hérétiques, comme un scandale public & une profanation du Sacrement, nous avons estimé d'autant plus nécessaire de les empêcher à l'avenir, que nous avons reconnu que la tolérance de ces mariages expose les Catholiques à une tentation continuelle de se pervertir, *&c.* Ensuite il est dit par le dispositif : Voulons & Nous plaît qu'*à l'avenir*, nos sujets de la Religion Catholique, Apostolique & Romaine ne puissent, sous quelque prétexte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la Religion Prétendue-Réformée ; déclarant tels mariages non-valablement contractés, & les enfans qui en viendront, illégitimes, *&c.*

N'y ayant plus aujourd'hui qu'une religion en France, les mariages n'y pouvant être valablement contractés qu'en face d'Eglise, & les personnes qui les contractent étant par conséquent présumées Catholiques, cet Edit ne peut peut plus avoir aujourd'hui d'application.

## CHAPITRE IV.

### *Des Dispenses qu'on accorde des empêchemens de mariage qui se rencontrent dans les personnes.*

NOUS verrons sur cette matiere, 1°. à qui appartient le pouvoir d'accorder des dispenses pour les mariages : 2°. quelles sont les especes d'empêchemens pour lesquels on en peut accorder ; 3°. nous établirons des principes sur la concession des dispenses : 4°. nous parcourrons les différentes causes qu'on a coutume de proposer pour obtenir les dispenses de parenté & d'affinité : 5°. nous traiterons de la forme, tant des dispenses, que de la supplique pour les obtenir ; & de leur fulmination.

## ARTICLE PREMIER.

### *A qui appartient le pouvoir d'accorder des dispenses d'empêchemens de mariage.*

252. Les plus anciens empêchemens de mariage de droit positif ayant été établis par la puissance séculiere, c'est à cette puissance à qui il appartenoit d'en dispenser ; car le Législateur a seul le droit de dispenser de sa loi.

Par exemple, l'empêchement de mariage qui étoit chez les Romains entre un homme de condition honnête, & une femme qui avoit fait le métier de Comédienne, étoit un empêchement établi par la loi civile. Justinien, par la loi 23, *Cod. de nupt.* permet à ces femmes, après avoir quitté cet état, de s'adresser à lui pour obtenir dispense de cet empêchement.

L'empêchement de mariage pour cause de parenté entre cousins-germains ayant été établi par la loi de Théodose le Grand, & par conséquent par la puissance séculiere, c'étoit aux Empereurs à qui on devoit s'adresser pour obtenir la dispense de cet empêchement. C'est ce que nous apprenons de la constitution d'Arcade & d'Honorius, telle qu'elle est rapportée en la loi unique *Cod. Theod. si nupt. ex rescrip. pet.*

Ces Empereurs, après avoir, par le commencement de cette loi, défendu de s'adresser à eux pour avoir dispense d'épouser des filles, sans avoir leur libre consentement & celui de leurs parens, & après avoir déclaré nulles & obreptices telles dispenses, si elles étoient obtenues, permettent ensuite, dans le cas auquel toutes les parties consentent au mariage, de s'adresser à eux pour obtenir des dispenses, s'il est par eux jugé à propos, des autres empêchemens de mariages, & notamment de celui qui résulte de la loi de l'Empereur leur pere, de triomphante mémoire, qui a défendu le mariage entre cousins-germains; duquel empêchement, disent-ils, leur pere n'avoit pas défendu par sa loi de lui demander dispense: *Exceptis his quos consobrinorum, hoc est quarti gradûs conjunctionem lex triumphalis memoriæ patris nostri, exemplo indultorum supplicare non vetavit.*

On ne voit pas que personne ait pensé alors que les Empereurs, en se réservant d'accorder ces dispenses, aient excédé leur pouvoir, & entrepris sur celui de la puissance ecclésiastique.

Le Roi Théodoric usoit aussi du pouvoir qu'ont les Princes d'accorder des dispenses des empêchemens de mariage qu'ils ont établis. Cassiodore, *Variarum, lib. 7, cap. 46*, nous rapporte la formule d'une dispense pour un mariage entre cousins-germains.

253. L'Eglise ayant le pouvoir d'établir des empêchemens dirimans de mariage, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 19, elle a aussi le pouvoir d'accorder des dispenses de ceux qu'elle a établis.

Les Protestans ont contesté à l'Eglise l'un & l'autre de ces droits. Ils ont prétendu qu'elle n'avoit pas le droit d'établir des empêchemens dirimans de mariage, & qu'en conséquence elle n'avoit pu étendre la défense des mariages pour cause de parenté ou d'affinité, au-delà des degrés qui sont compris dans

la loi du Lévitique. Ils ont, d'un autre côté, prétendu que l'Egliſe n'avoit pas le droit d'accorder des diſpenſes des empêchemens de mariage.

C'eſt contre cette doctrine des Proteſtans qu'a été fait le troiſieme canon de la vingt-quatrieme ſeſſion du Concile de Trente, où il eſt dit : *Si quis dixerit eos tantùm conſanguinitatem & affinitatis gradus qui in Levitico exprimuntur, poſſe impedire matrimonium contrahendum & contractum dirimere, nec poſſe Eccleſiam in nonnullis eorum diſpenſare, aut conſtituere ut plures impediant aut dirimant, anathema ſit.*

254. Je ſouſcris très-ſincérement à ce canon ; je ferai ſeulement une obſervation. Quoique l'Egliſe ait un droit inconteſtable d'accorder des diſpenſes des empêchemens de mariage qu'elle a établis, & qu'en conſéquence les perſonnes en qui ils ſe rencontrent, doivent pour contracter mariage, obtenir des Supérieurs eccléſiaſtiques ces diſpenſes ; néanmoins comme les Princes, en adoptant les canons qui ont établi ces empêchemens, ont fait de ces canons des loix de leurs Etats, qui forment des empêchemens dirimans de mariage, les diſpenſes que ces perſonnes en qui ils ſe rencontrent, obtiennent du Supérieur eccléſiaſtique, ne ſont ſuffiſantes qu'en tant qu'elles ſe trouvent autoriſées par le Prince ſéculier, au moins tacitement. Le Prince, en permettant & ſouffrant que ſes ſujets contractent mariage en vertu de ces diſpenſes, eſt cenſé délarer tacitement qu'il veut bien ſur ces diſpenſes s'en rapporter aux Supérieurs eccléſiaſtiques, & confirmer & autoriſer les diſpenſes que les Supérieurs eccléſiaſtiques accordent.

255. Obſervez auſſi que, quoique l'empêchement de parenté entre couſins-germains ait été établi par une loi de Théodoſe, & celui de l'alliance ſpirituelle par une loi de Juſtinien, & par conſéquent par la puiſſance ſéculiere, ils ſont néanmoins regardés comme des empêchemens de diſcipline eccléſiaſtique, pour la diſpenſe deſquels il eſt d'uſage de ſe pourvoir devant les Supérieurs eccléſiaſtiques. La raiſon eſt que les peuples qui ſe ſont établis ſur les débris de l'Empire Romain, n'ayant jamais été ſoumis aux loix des Empereurs Romains, ne ſe ſont ſoumis à ces empêchemens de mariage, lorſqu'ils ont embraſſé la Religion Chrétienne, que parce que ces empêchemens ſe trouvoient faire partie de la diſcipline de l'Egliſe.

256. Chaque Evêque a-t-il dans ſon Dioceſe le droit d'exercer le pouvoir qu'a l'Egliſe de diſpenſer des empêchemens de mariage ; ou ce droit eſt-il réſervé au Pape ſeul ? Fra-Paolo, dans ſon Hiſtoire du Concile de Trente, nous apprend que les Evêques François & Eſpagnols demanderent, que dans les canons qui parleroient des diſpenſes, il fut dit qu'elles ſeroient accordées par les Evêques ; mais que les Italiens s'y oppoſerent de toutes leurs forces, & dirent que le but de ces Evêques étoit de ſe faire autant de Papes, & de ſe rendre indépendans du Saint Siege. La queſtion ne fut pas décidée ; on évita d'exprimer dans les canons du Concile, par qui les diſpenſes ſeroient accordées.

Le Concile, en la ſeſſion 25, *cap.* 18, dit en termes généraux, que, lorſqu'il y a lieu à la diſpenſe, elle doit être accordée par ceux à qui il appartient de l'accorder : *Si urgens juſtaque ratio ..... poſtulaverit ut cum aliquibus diſpenſandum eſſet, id cauſâ cognitâ ac ſummâ maturitate, atque gratis ;*

*A QUIBUSCUMQUE AD QUOS DISPENSATIO PERTINEBIT ERIT PRÆSTANDUM.*

Ce pouvoir, à le considérer en lui-même, (abstraction faite de ce que l'usage a pu donner à cet égard au Pape) est du droit Epiſcopal, qui de droit commun appartient à chaque Evêque dans son Diocese. Les Apôtres ont transmis aux Evêques leurs successeurs, tout le pouvoir qu'ils avoient reçu de Jesus-Christ pour le gouvernement de l'Egliſe. Chaque Evêque, de droit commun, doit jouir de tout ce pouvoir pour le gouvernement de son Diocese; de là il suit que chaque Evêque est dans son Diocese le Juge naturel de l'étendue que doivent avoir les canons, & des cas auxquels ils doivent souffrir exception, & dans lesquels on peut par conséquent en accorder la dispense.

Il est pareillement constant qu'il n'y a aucun canon en aucun temps, qui ait réservé au Pape, à l'exclusion des Evêques, le pouvoir d'accorder des dispenses des empêchemens de mariage.

A l'égard de l'usage, il n'a pas été le même par tout. Nous avons en France plusieurs Dioceses dans lesquels les Evêques se sont maintenus dans la possession d'accorder aux personnes de leurs Dioceses des dispenses des empêchemens de parenté & d'affinité au troisieme & au quatrieme degrés. Tels sont, au rapport de l'Auteur des Conférences de Paris, le Diocese de Paris, celui de Châlons-sur-Marne, tous les Dioceses des Provinces de Guienne & de Languedoc, & plusieurs autres Dioceses du Royaume.

Il ne peut être douteux à l'égard de ces Dioceses, que les Evêques n'y aient le droit d'accorder ces dispenses, puisqu'ils réuniſſent pour cela le droit que l'Epiſcopat leur donne, & la poſſeſſion de ce droit.

Il est vrai que même dans ces Dioceses, le Pape peut aussi accorder ces dispenses aux parties qui s'adressent à lui; la longue poſſeſſion en laquelle il est de les accorder, lui donne ce droit de concurrence.

257. Il y a un grand nombre d'autres Dioceses en France dans lesquels le Pape est seul en poſſeſſion d'accorder toutes les dispenses de parenté, d'affinité & autres, & dans lesquels il n'y a pas de mémoire que les Evêques aient jamais accordé ces dispenses, si ce n'est aux pauvres. C'est à l'égard de ces Evêques qu'il y a lieu à la question de sçavoir, si le Pape n'a pas acquis par prescription, un droit excluſif d'accorder dans ces Dioceses les dispenses des empêchemens de mariage.

On dit pour le Pape, qu'un usage qui ne renferme rien qui soit défendu par le droit naturel ou divin, sur-tout lorsqu'il est fondé en quelque raiſon, est une loi non-écrite, qui n'a pas moins de force qu'une loi écrite: *Mos est vetuſtate probata conſuetudo, ſive lex non ſcripta.*

C'est pourquoi, quoiqu'il n'y ait aucune loi Eccléſiaſtique écrite qui ait réservé expreſſément au Pape le pouvoir d'accorder les dispenses des empêchemens de mariages, l'usage immémorial dans lequel est le Pape d'accorder dans ces Dioceses les dispenses à l'exclusion des Evêques, tient lieu d'une loi eccléſiaſtique écrite qui le lui auroit réservé. Cet usage est (dit-on) fondé en raiſon, en ce qu'en rendant les dispenses plus difficiles à obtenir, il empêche la discipline eccléſiaſtique de recevoir à cet égard de trop fréquentes atteintes.

On ajoute que dans ces Dioceſes, les Evêques ont conſtamment reconnu ce droit excluſif qu'a le Pape d'accorder les diſpenſes des empêchemens de mariage, non-ſeulement en s'abſtenant d'en accorder aucune, ſi ce n'eſt à des pauvres, mais encore en ſouffrant que leurs Officiaux fulminent les diſpenſes que le Pape leur adreſſe : pluſieurs même l'ont reconnu formellement dans leurs ſtatuts ſynodaux. Nous en avons un dans notre Dioceſe d'Orléans de M. d'Elbene, dans le dix-ſeptieme ſiecle, où il eſt dit : *In impedimentis quæ dirimunt matrimonium, ubi diſpenſationi locus eſt, auctoritate tantùm Apoſtolicâ diſpenſatur ; Cod. ſtat. Aurel. tit. de matrim. pag. 5.*

Il y a des Evêques à qui le Pape donne des indults pour accorder les diſpenſes de parenté ou d'affinité. Ces Evêques, en recevant ces indults, reconnoiſſent bien formellement que le droit d'accorder ces diſpenſes appartient au Pape ſeul, & qu'ils ne l'ont pas par eux-mêmes. Enfin le Concile de la Province de Tours, aſſemblé en 1583, déclare expreſſément au titre *de matrimonio ; in quarto conſanguinitatis & affinitatis necnon ſpiritualis cognationis prohibitis gradibus ſupra expreſſis, Epiſcopis diſpenſare non licere declaramus.*

On dit au contraire pour les Evêque, que c'eſt un principe qu'un droit qui conſiſte dans une faculté qu'on a de droit commun, n'eſt pas ſujet à preſcription. Par exemple, le droit qu'a le propriétaire d'un héritage tenu en fief de chaſſer ſur cet héritage, ne ſe perd pas par la preſcription ; quand même ce propriétaire ni ſes prédéceſſeurs n'auroient jamais de mémoire d'homme, uſé de cette faculté. Le Seigneur de qui releve ce fief qui y auroit chaſſé, ne pourroit pas prétendre avoir acquis par preſcription le droit d'y chaſſer à l'excluſion de ce propriétaire. Suivant ce principe, le droit qu'a un Evêque d'accorder diſpenſes des empêchemens de mariage, étant une faculté qu'il a de droit commun comme Evêque, ne doit pas être ſujet à preſcription ; d'autant plus que ces diſpenſes ne devant s'accorder que très rarement & pour de grandes cauſes, ſi lui ni ſes prédéceſſeurs pendant un temps immémorial n'ont pas accordé de diſpenſes, il a pu ſe faire que le cas ne ſe ſoit pas préſenté : on ne doit donc pas imputer à négligence s'ils n'ont pas uſé de leur droit : c'eſt plutôt un effet de leur exactitude à obſerver les canons ; & il ſeroit injuſte que cette exactitude leur fît perdre leur droit.

On peut encore dire, pour les Evêques contre leſquels on prétend que le Pape a acquis par preſcription le droit excluſif d'accorder des diſpenſes, que ces Evêques ſont en poſſeſſion d'en accorder aux pauvres ; que par celles qu'ils accordent aux pauvres, ils ſe conſervent la poſſeſſion du droit que l'Epiſcopat leur donne d'accorder ces diſpenſes, & par conſéquent aux riches auſſi-bien qu'aux pauvres ; car le droit d'accorder aux riches des diſpenſes, n'eſt pas un droit différent de celui de les accorder aux pauvres, c'eſt un ſeul & même droit. Les Evêques, par les diſpenſes qu'ils accordent aux pauvres, ſe conſervent donc la poſſeſſion du droit qu'ils ont de les accorder, & ſans différence des perſonnes, ſoit aux riches, ſoit pauvres.

Quant à ce qu'on dit que les Evêques ont reconnu continuellement le droit du Pape, en ſouffrant que leurs Officiaux fulminaſſent les diſpenſes que le Pape leur adreſſe, il eſt facile de répondre que les Evêques reconnoiſſent

par-là seulement le droit du Pape, concurremment avec les Evêques, d'accorder ces dispenses aux personnes qui s'adressent à lui, mais non pas le droit exclusif qu'on lui attribue.

A l'égard de l'argument tiré de ce que plusieurs Evêques ont reconnu ce droit exclusif, on répond que cette reconnoissance que ces Evêques, par ignorance de leurs droits, ont faite de ce droit exclusif qu'on attribue au Pape, ne doit préjudicier à leurs successeurs, ni encore moins aux autres Evêques, qui sans renoncer à leur droit, n'en ont pas usé. Le fait de plusieurs de leurs collégues, qui sont en possession d'user de ce droit, doit plutôt le conserver aux Evêques qui n'en ont pas usé, que le fait de ceux qui par ignorance y ont renoncé, ne doit le leur faire perdre.

On a coutume aussi d'alléguer sur cette matiere, un Arrêt du 11 Février 1638, qui est au recueil de Bardet, *l.* 7, *ch.* 12, par lequel, sur l'appel comme d'abus d'une dispense accordée par l'Evêque de Poitiers, qu'on prétendoit n'avoir pas ce pouvoir, la Cour mit les parties hors de Cour. Mais on ne peut guere tirer avantage de cet Arrêt, paroissant par ce que Bardet rapporte du plaidoyer de M. Talon, sur les conclusions duquel l'Arrêt est intervenu, que les parties, à qui cette dispense avoit été accordée, étoient pauvres, & qu'elle n'avoit été accordée que depuis le mariage contracté de bonne foi, pour un empêchement qui n'avoit été connu que depuis.

Il me suffit d'avoir rapporté ce qu'on a coutume de dire pour & contre. Il ne m'appartient pas de dire mon avis sur une question de cette importance.

258. Dans les Diocèses où les Evêques se sont maintenus dans la possession d'accorder les dispenses des empêchemens de parenté & d'affinité au troisieme & au quatrieme degré, leurs Vicaires-Généraux peuvent-ils les accorder lorsque l'Evêque ne s'est pas réservé ce droit? L'Auteur des Conférences de Paris en fait une question: mais je n'y vois pas l'ombre de difficulté. Ce droit, dans la possession duquel ces Evêques se sont maintenus, fait partie des droits de la juridiction ordinaire attachée à l'Episcopat; or c'est un principe de droit, que tout ce qui fait partie de la juridiction ordinaire, passe au délégué; sauf ce que le déléguant en auroit excepté & se seroit réservé.

259. Par la même raison, dans ces Diocèses, les Vicaires-Généraux du Chapitre, *sede vacante*, peuvent accorder ces dispensees. Les Officiaux ne peuvent les accorder; car ce n'est que la juridiction contentieuse qui leur est déléguée.

260. Lorsqu'un Evêque n'accorde les dispenses qu'en vertu d'un indult du Pape, ses Vicaires-Généraux peuvent-ils les accorder? D'Hericourt, *p.* 1, *ch.* 2, *n.* 13, décide qu'ils le peuvent. Sa décision me paroît contraire aux principes de Droit. L'Evêque n'étant lui-même par cet indult qu'un délégué du Pape, il ne peut pas déléguer à ses Vicaires-Généraux la juridiction qui lui a été déléguée: *Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri neminem posse manifestum est*; L. 5, ff. *de off. ejus cui mand. More majorum ita comparatum est, ut is demum jurisdictionem mandare possit, qui eam suo jure non alieno beneficio haberet*; L. 5, ff. *de jurisd. Quæ specialiter . . . . . tribuuntur mandatis*

*juriſdictione non transferuntur, quæ vero jure magiſtratûs competunt*, (c'eſt-à-dire; les ſeules choſes qui ſont partie de la juriſdiction ordiarire) *mandari poſſunt; L.* 1, ff. *de off. ejus cui mand.*

261. Les Chapitres, Abbés & autres qui ont une juriſdiction *quaſi-Epiſcopale*, dans un certain territoire, peuvent-ils accorder diſpenſe des empêchemens de mariage dans les Diocèſes où les l'Evêques ſe ſont maintenus en poſſeſſion de les accorder ? Il eſt certain qu'ils ne le peuvent, s'ils n'en ſont en poſſeſſion; & même dans le cas où ils auroient une poſſeſſion, il y auroit lieu d'en douter : ces juriſdictions *quaſi-Epiſcopales*, ſont très-défavorables.

## ARTICLE II.

### *Pour quelles eſpeces d'empêchemens peut-on obtenir diſpenſe.*

262. Il eſt évident qu'on ne peut obtenir diſpenſe pour les eſpeces d'empêchemens qui ont leur fondement, ou dans la nature même du mariage, ou dans le Droit naturel ou divin, ou dans l'honnêteté publique.

Pour ſçavoir plus particuliérement quelles ſont les différentes cauſes d'empêchemens pour leſquelles on peut, ou non, obtenir diſpenſe, nous allons ſommairement les parcourir toutes.

Nous avons rapporté dans la premiere ſection, ſix cauſes d'empêchemens dirimans, que nous avons appellés *abſolus*; ſçavoir, le défaut de raiſon, le défaut de puberté, l'impuiſſance, l'engagement d'un mariage ſubſiſtant, l'engagement dans les Ordres ſacrés, & la Profeſſion religieuſe.

Les quatres premieres eſpeces de ces empêchemens étant fondées dans la nature même du mariage, il eſt évident qu'on ne peut en obtenir diſpenſe.

263. Quoique l'empêchement que forme les Ordres ſacrés, ne ſoit que de droit poſitif; néanmoins on n'a pas coutume d'en accorder la diſpenſe : les Papes l'ont accordée quelquefois à des Princes pour le bien d'un Etat. On l'accorde auſſi quelquefois à des particuliers, lorſqu'ils n'ont pas monté plus haut qu'au Sous-Diaconat, ſur-tout lorſqu'ils y ont été engagés par contrainte.

264. La diſpenſe de l'empêchement de la Profeſſion religieuſe peut encore moins s'obtenir.

Quand même le Pape auroit diſpenſé un Religieux de ſes vœux, & lui auroit permis de ſe marier, ce Religieux, par ſa Profeſſion religieuſe, a perdu l'état civil, & qui eſt regardé qe l'ordre civil comme mort, & comme n'exiſtant point, ne pourroit pas contracter un mariage qui eût les effets civils; car l'état civil étant dans l'ordre politique, la puiſſance du Pape, qui eſt toute ſpirituelle, & qui ne peut être exercée en France ſur le temporel, & ſur les choſes qui ſont qe l'ordre politique, ne peut pas rendre à ce Religieux, par la diſpenſe qui lui ſeroit accordée de ſes vœux, l'état civil qu'il a perdu : il n'y a que le Roi qui puiſſe alors le rendre à ſes ſujets.

Le cas d'un Religieux qui a obtenu une Sentence de l'Official de ſon Diocèſe, qui déclare nuls les vœux de religion qu'il a faits, eſt un cas très-différent. L'Official, étant, ſuivant nos Loix, compétent pour juger de la validité

dité ou invalidité des vœux, qui eſt en matiere ſpirituelle, la Sentence du cet Official fait une foi juridique, que la Profeſſion religieuſe de ce prétendu Religieux, n'a pas été valablement faite; d'où on tire la conſéquence qu'il n'a jamais perdu l'état civil, qui ne peut ſe perdre que par une profeſſion valablement faite; & par conſéquent rien n'empêche que cette perſonne, qui n'a été religieux qu'en apparence, *habitu tenùs*, & qui ne l'a jamais été véritablement, ne puiſſe contracter un mariage qui ait les effets civils.

L'Official ne rend pas à cette perſonne l'état civil qu'elle n'a jamais perdu. Il ne prononce pas même directement ſur l'état civil de cette perſonne, qui n'eſt pas de ſa compétence: il ne prononce que ſur l'invalidité des vœux; & ce n'eſt que par une conſéquence qu'on tire de la Sentence, qu'on juge que cette perſonne n'a jamais perdu l'état civil.

265. Paſſons maintenant aux neuf différentes eſpeces d'empêchemens, dont nous avons traité dans la ſeconde ſection. La premiere eſt celle de la parenté.

Il faut, à l'égard de la parenté, diſtinguer les lignes & les dégrés.

Il eſt évident que l'empêchement de parenté dans la ligne directe, en quelque degré que ſoit la parenté, n'eſt pas ſuſceptible de diſpenſe; cette empêchement ayant ſon fondement dans le droit naturel, qui a fait regarder chez toutes les nations comme inceſtueuſes, l'union des perſonnes qui ſe touchent de parenté dans cette ligne.

266. A l'égard de la parenté de la ligne collatérale, on n'accorde pas de diſpenſe pour le mariage du frere & de la ſœur; cet empêchement étant fondé dans le droit naturel & dans la Loi du Lévitique, qui défend ce mariage, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 133.

267. Le mariage du neveu avec ſa tante, ne paroît pas non plus ſuſceptible de diſpenſe. Il eſt expreſſément défendu par la Loi du Lévitique, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 133; & le reſpect que le neveu doit à ſa tante, ne permet pas qu'elle devienne ſa femme, & qu'elle ſoit en cette qualité ſoumiſe à ſa puiſſance.

268. Il pourroit ſembler que le mariage de l'oncle avec ſa niece, ne devroit pas non plus être ſuſceptible de diſpenſe. Quoiqu'il ne ſoit pas expreſſément défendu par la Loi du Lévitique, comme l'eſt celui de la tante avec ſon neveu, néanmoins la même raiſon paroît ſe rencontrer.

La raiſon que le Lévitique a exprimée pour défendre le mariage de la tante avec ſon neveu, eſt parce que la tante étant la ſœur du pere ou de la mere du neveu, elle eſt un même ſang avec le pere ou la mere de ſon neveu: *Turpitudinem ſororis patris tui non diſcooperies, quia caro eſt patris tui: turpitudinem ſororis matris tuæ non revelabis, eo quod caro ſit matris tuæ.* Or, cette raiſon ſe rencontre à l'égard du mariage de l'oncle avec ſa niece; l'oncle étant le frere du pere ou de la mere de ſa niece, il eſt une même chair avec le pere ou la mere de ſa niece.

Ajoutez que ce mariage a été regardé conſtamment, même dès le temps du Paganiſme, comme contraire au droit naturel, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 134.

L'Empereur Zénon, en la loi 2, *Cod. ſi nup. ex reſcr. pet.* appelle ce ma-

riage *nefandum ſcelus*: il défend de lui demander diſpenſe pour le contracter; *precandi quoque in poſterium ſuper tali conjugio, imo potius contagio, cunctis licentiam denegamus.*

Nous avons néanmoins des exemples de diſpenſes accordées pour le mariage de l'oncle avec la niece. Le Pape Alexandre IV, dans le treizieme ſiécle, accorda cette diſpenſe à Waldemare, Roi de Suède, pour épouſer Sophie, fille de Eric, (ou Henri) Roi de Dannemarck, ſon frere. Otto, qui rapporte ce fait, *Hiſt.* 19, *chap.* 18, remarque que ce Pape eut bien de la peine à accorder cette diſpenſe qu'il avoit d'abord refuſée, & qu'il ne ſe détermina à l'accorder, que par la conſidération des grands avantages qui en devoient réſulter pour les deux Royaumes.

Un autre exemple célébre, eſt celui de la diſpenſe accordée à Philippe II, Roi d'Eſpagne, pour épouſer en quatrieme noces Anne d'Autriche, fille de l'Empereur Maximilien ſon frere.

Ces diſpenſes depuis ſont devenues fréquentes, & nous avons ſous nos yeux des exemples de ſemblables diſpenſes, accordées à de ſimples bourgeois. Il ne nous appartient pas d'y trouver à redire.

269. Quoique le Concile de Trente eût défendu d'accorder des diſpenſes pour le mariage des couſins-germains, ſi ce n'eſt à de Grands Princes, & pour des raiſons d'Etat: *In ſecundo gradu nunquam diſpenſetur, niſi inter magnos principes & ob publicam cauſam; ſeſſ.* 24, *cap.* 5, *tit. de reform. matrim.* néanmoins il eſt d'uſage aujourd'hui en Cour de Rome, d'accorder diſpenſes pour le mariage des couſins-germains, à tous ceux qui les demandent.

On accorde, à plus forte raiſon, des diſpenſes pour le mariage des couſins qui ſont en degré plus éloigné.

270. Quant à la ſeconde eſpece d'empêchement, qui eſt l'affinité, il faut de même qu'à l'égard de la parenté, diſtinguer les lignes & les degrés. Il eſt évident que l'empêchement d'affinité dans la ligne directe, en quelque degré que ce ſoit, n'eſt pas ſuſceptible de diſpenſe; cet empêchement ayant, comme nous l'avons vu, ſon fondement dans la Loi naturelle & dans la Loi du Lévitique.

A l'égard de l'affinité de la ligne collatérale, quoique la Loi du Lévitique défende expreſſément le mariage d'un frere avec la veuve de ſon frere, néanmoins nous avons un célebre exemple de diſpenſe accordée dans ce cas; c'eſt celui de la diſpenſe accordée par Jules II à Henri VIII, Roi d'Angleterre, pour épouſer Catherine d'Arragon, veuve de ſon frere Arthus. Nous avons encore depuis, l'exemple de la diſpenſe accordée par le Pape Innocent X, à Caſimire Roi de Pologne, pour épouſer Marie de Gonzague, veuve de ſon frere Uladiſlas.

On dit, pour autoriſer ces diſpenſes, que les mariages de Catherine d'Arragon avec Arthus, & celui d'Uladiſlas, n'avoient pas été conſommés; ce qui les met hors du cas de la loi portée au Lévitique, qui ne paroît défendre d'épouſer la veuve de ſon frere, que lorſqu'elle avoit conſommé le mariage, comme le font entendre ces termes: *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui eſt.*

On en accorde pour toutes les autres eſpeces d'affinité de la ligne collaté-

térale. L'Auteur du Journal des Audiences nous rapporte l'eſpece d'un Arrêt du 22 Janvier 1683, rendu ſur l'appel comme d'abus interjetté d'une diſpenſe accordée en Cour de Rome au ſieur Vaillant, Médecin de Beauvais, pour épouſer la ſœur de ſa défunte femme. Quoique les raiſons contre la diſpenſe, qui nous ſont rapportées par l'Auteur, fuſſent très-fortes; néanmoins la Cour, par Arrêt du 23 Février 1683, confirma le mariage. Depuis, on a accordé beaucoup d'autres ſemblables diſpenſes, & les exemples en ſont devenus fréquens. Nous avons, à Orléans, l'exemple d'un particulier qui a obtenu des diſpenſes pour épouſer ſucceſſivement les deux ſœurs. On dit pour les autoriſer, que la loi du Lévitique 18, 12, défendoit aux Juifs d'avoir pour femmes les deux ſœurs en même temps: *Sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non adduces, nec revelabis turpitudinem ejus* ADHUC ILLÂ VIVENTE; d'où on conclut qu'elle ne défend pas au moins expreſſément de les épouſer ſucceſſivement.

Saint Baſile penſoit bien différemment, lui qui dans une de ſes lettres à Diodore, qui eſt le cent-quatre-vingt-dix-ſeptieme dans l'édition de Paris de 1638, dit que demander ſi on peut épouſer la ſœur de ſa défunte femme, eſt une demande qui fait horreur: *Interrogatus à quoquam liceat ne demortuæ uxoris ſororem matrimonio ducere, ab eâ quæſtione non abhorruerit.* Enſuite il rapporte l'objection qu'on faiſoit tirer de ces termes *adhuc illâ vivente*, pour en conclure qu'il n'eſt pas défendu d'épouſer les deux ſœurs ſucceſſivement, & il nie cette conſéquence.

Nous avons à Orléans, un exemple de diſpenſe accordée à un homme pour épouſer la veuve de ſon oncle paternel, quoique cette veuve tînt lieu de mere, & que cette alliance paroiſſe expreſſément défendue par la Loi du Lévitique: *Turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus;* Levit. 18, 14.

Cette diſpenſe pour le mariage d'un neveu avec la veuve de ſon oncle, a été confirmée par un Arrêt du Parlement de Toulouſe, de l'an 1609, rapporté au cinquieme Tome des Mémoires du Clergé.

271. Paſſons aux autres eſpeces d'empêchement. La troiſieme eſpece de ceux que nous avons rapportés en la ſeconde ſection, eſt celui qui réſultoit de la parenté civile que formoit l'adoption: l'adoption n'étant plus en uſage, il ne peut plus y avoir lieu ni à l'empêchement, ni à la diſpenſe.

La quatrieme eſpece d'empêchement eſt la parenté ſpirituelle: on en accorde facilement la diſpenſe.

272. L'empêchement que nous avons rapporté en cinquieme lieu, eſt celui qu'on appelle *d'honnêteté publique*, & qui réſulte des fiançailles, ou d'un mariage non-conſommé. Il eſt évident que l'honnêteté publique eſt une choſe qui n'eſt pas ſuſceptible de diſpenſe: on ne peut pas honnêtement permettre ce que l'honnêteté publique défend. C'eſt pourquoi l'honnêteté publique qui défend le mariage de l'un des fiancés ou de l'un des deux conjoints par mariage non-conſommé, avec les parens de la ligne directe de l'autre fiancé ou de l'autre conjoint par mariage, ne permet pas qu'on puiſſe accorder des diſpenſes pour ces mariages.

Il n'en eſt pas de même des mariages de l'un des fiancés ou conjoints;

avec les parens de la ligne collatérale de l'autre : ces mariages ayant été long temps permis & regardés comme honnêtes, ne peuvent pas paroître contraires à l'honnêteté publique proprement dite, qui eſt invariable. L'honnêteté publique dont eſt prétexté l'empêchement de ces mariages, n'eſt que de droit arbitraire, & eſt par conſéquent ſuſceptible de diſpenſe.

273. L'empêchement que nous avons rapporté en ſixieme lieu, qui réſulte du rapt, n'eſt pas ſuſceptible de diſpenſe. Il eſt évident que la diſpenſe qui ſeroit accordée à un raviſſeur, d'épouſer la perſonne ravie qu'il retient en ſa puiſſance, ſeroit contraire aux bonnes mœurs, puiſqu'elle autoriſeroit ſon crime,

274. A l'égard des empêchemens que nous avons rapportés en ſeptieme & huitieme lieu, il eſt évident qu'on ne doit pas accorder diſpenſe à une femme d'épouſer ſon adultere, ou le meurtrier de ſon mari, (dans les cas auxquels les regles de l'Egliſe le défendent) lorſque les parties n'ont pas encore paſſé à la célébration de ce mariage. Une telle diſpenſe autoriſeroit & récompenſeroit le crime, & ſeroit par conſéquent contraire aux bonnes mœurs.

Mais lorſque les parties, nonobſtant l'empêchement dirimant réſultant du crime qui n'étoit connu que d'elles, ont paſſé dans le fait à la célébration de leur mariage, il eſt d'uſage qu'on leur accorde à Rome, par un bref de Pénitencerie, une diſpenſe pour valider leur mariage. Cette diſpenſe qui eſt accordée pour empêcher le ſcandale qui réſulteroit de leur ſéparation, & de la manifeſtation du crime à laquelle leur ſéparation pourroit donner lieu, a des motifs très-honnêtes.

275. L'empêchement que nous avons rapporté en dernier lieu, qui réſulte de l'Edit de 1680, qui défend le mariage des Catholiques avec ceux de la Religon Prétendue-Réformée, étant un empêchement dirimant établi par la Loi du Prince, le Roi ſeul avoit le pouvoir d'en accorder diſpenſe. N'y ayant plus à préſent qu'une Religion en France, il ne peut plus y avoir lieu ni à cet empêchement, ni à la diſpenſe.

## ARTICLE III.

### *Principes ſur la conceſſion des diſpenſes des empêchemens de mariage.*

Nous verrons en premier lieu dans un premier paragraphe, quelle eſt la nature du pouvoir qu'ont les Supérieurs eccléſiaſtiques d'accorder des diſpenſes. Nous ferons, dans le paragraphe ſuivant, l'application du principe, ſur la nature de ce pouvoir, aux diſpenſes de mariage.

### §. I.

### *De la nature du pouvoir qu'ont les Supérieurs Eccléſiaſtiques d'accorder des diſpenſes.*

276. Le pouvoir qu'ont les Supérieurs eccléſiaſtiques d'accorder des diſpenſes, me paroît devoir être défini, le droit qu'a le Supérieur eccléſiaſti-

que de déclarer juridiquement & avec autorité, que celui qui demande dispense, eſt dans un cas auquel la regle doit ſouffrir exception, & duquel il eſtime en ſa conſcience, que les auteurs de la regle, s'ils l'euſſent prévu, euſſent eux-mêmes fait un cas d'exception.

La diſpenſe eſt la déclaration juridique faite par le Supérieur eccléſiaſtique, que celui à qui elle eſt accordée eſt dans un de ces cas d'exception. Pour établir nos définitions, nous remarquerons qu'il y a une grande différence à l'égard du pouvoir d'accorder les diſpenſes entre le Prince ſéculier, & les Supérieurs eccléſiaſtiques.

Le Prince ſeculier, qui eſt ſouverain, & qui a dans lui ſeul le droit de faire des loix dans ſes Etats, a auſſi le droit en lui ſeul de les abroger & d'y déroger à ſon gré: & comme il peut déroger à une loi à l'égard de tous ſes ſujets, il peut auſſi, lorſqu'il le juge à propos, déroger à ſa loi, à l'égard ſeulement de quelqu'un de ſes ſujets, en lui accordant la diſpenſe de l'obſerver.

Il n'a beſoin d'autre raiſon pour accorder la diſpenſe, que de celle qu'il exprime par ces termes : *Car tel eſt notre plaiſir.*

Il n'en eſt pas de même des Supérieurs eccléſiaſtiques : ils n'exercent pas une ſouveraineté dans l'Egliſe ; ils n'y exercent qu'un miniſtere dont ils ſont comptables à l'Egliſe. Ils ſont tous, ſans en excepter le Pape, ſoumis à ſes regles ; ils ne peuvent y déroger en rien, ni les altérer en rien ; ils doivent montrer aux fideles l'exemple de l'obéiſſance aux regles de l'Egliſe : il s'en faut donc bien qu'ils puiſſent leur permettre de les enfreindre, en leur accordant, ſans un juſte ſujet, la diſpenſe de les obſerver.

Mais comme les regles de l'Egliſe, qui ont été faites par des hommes, ſont comme toutes les loix humaines, ſujettes à ſouffrir des exceptions, & que lorſqu'elles ont été faites, on n'a pu prévoir tous les cas qui peuvent ſe préſenter, auxquels la regle devroit ſouffrir exception, l'Egliſe a laiſſé à ſes Miniſtres le pouvoir de juger de ces cas qui pourroient ſe préſenter, & d'accorder diſpenſe de la regle, lorſque le cas leur paroîtra tel que s'il eût été prévu, lorſqu'on a fait la regle, on en eût fait un cas d'exception.

Ce n'eſt que dans ces cas que les Supérieurs eccléſiaſtiques, ſans en excepter le Pape, peuvent valablement, au moins pour le for de la conſcience, accorder diſpenſes des regles de l'Egliſe : celles qu'ils accordent hors ces cas, ſont des abus de leur pouvoir ; & quoiqu'elles ſoient valables dans le for extérieur, la préſomption étant pour le Supérieur qui les a accordées, qu'il a un juſte ſujet de les accorder ; néanmoins les parties qui les ont obtenues ne peuvent, dans le for de la conſcience, s'en ſervir ſans ſe rendre coupables devant Dieu de l'infraction à la regle.

C'eſt ce qu'enſeigne Van-Eſpen : *diſpenſ. matrim. cap.* 8, *n.* 3, d'après Bellarmin, *epiſt. ad nepot contr.* 5, qui ne doit pas être ſur ce point un Auteur ſuſpect : *Plerique ſe ſecuros exiſtimant, dicentes : Papa diſpenſavit, ipſe viderit, ego ſum immunis ; hic cavillus*, dit Bellarmin, *ſecuros multos reddit, tutum verò neminem, quoniam Papa* NON EST DOMINUS, SED DISPENSATOR ; *ideoque qui iniquam diſpenſationem petit, iniquitatis cauſa eſt, & qui eâdem utitur, eâdem ſemper irretitur iniquitate.*

## §. II.

### *Application du principe aux diſpenſes des empêchemens de mariage.*

277. Le pouvoir qu'ont les Supérieurs eccléſiaſtiques d'accorder des diſpenſes, devant ſe borner, comme nous l'avons établi, aux ſeuls cas pour leſquels il eſt vraiſemblable qu'on eût fait une exception à la regle, s'ils euſſent été prévus lorſque la regle a été établie, le Concile de Trente en a cette conſéquence, que les diſpenſes des empêchemens de mariage ne doivent s'accorder que très-rarement; étant très-rare que les perſonnes qui demandent ces diſpenſes, ſe trouvent dans des cas, à l'égard deſquels on peut dire qu'ils euſſent fait une exception à la regle, s'ils euſſent été prévus.

C'eſt pour cela que nous ne voyons pendant les douze ou treize premiers ſiecles de l'Egliſe, preſqu'aucun exemple de diſpenſes accordées pour contracter des mariages dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité.

Dans le huitieme ſiecle, un François s'étant vanté d'avoir obtenu du Pape Grégoire III, une diſpenſe pour épouſer une femme qui étoit la veuve de ſon oncle, & qui avoit pris l'habit de Religion, le Pape Zacharie, ſucceſſeur de Grégoire, dans ſa lettre à Boniface, qui l'en avoit informé, traite d'impoſture cette prétendue diſpenſe : *abſit*, dit-il, *ut prædeceſſor noſter hoc ita credatur præcepiſſe ; nec enim ab hâc Apoſtolicâ ſede illâ diriguntur, quæ contraria patrum ſive canonum inſtitutis reperiuntur.* Cette lettre eſt rapportée au ſixieme tome des Conciles du P. Labbe, *pag.* 1498 *& ſeqq.*

Quelle diſpenſe fut jamais plus légitime & plus ſolemnelle, que celle qu'obtint le Roi Robert pour épouſer ſa couſine Berthe, des Evêques de ſon Royaume aſſemblés pour cet effet, après une grande connoiſſance de cauſe, pour des raiſons d'Etat & de bien public ? Néanmoins le Pape Silveſtre II excommunia les parties, & les Evêques qui avoient accordé la diſpenſe ; & quoique cette diſpenſe fût très-légitime, & l'excommunication très-injuſte, le pieux Roi Robert & ſa femme Berthe, pour arrêter le ſcandale que cauſoit leur mariage, conſentirent de ſe ſéparer.

278. On prétend qu'un des premiers exemples de diſpenſes accordées pour cauſes de parenté, fut celui que le Pape Innocent III accorda à Othon IV, Empereur, pour épouſer la fille de Philippe, ſon compétiteur, qui étoit ſa parente au quatrieme degré. L'Hiſtorien qui rapporte ce fait, dit que cette diſpenſe fut accordée ſur les inſtantes prieres du Clergé & du peuple, pour la pacification de l'Empire; Arnoul de Lubec, *in chronico Sclavorum.* Un autre Hiſtorien ajoute que pour obtenir la diſpenſe, les Abbés de Citeaux & de Cluny, promirent de faire réparer par une grande quantité d'œuvres pieuſes de leurs Moines, l'atteinte que cette diſpenſe donnoit à la diſcipline; *Otho de S. Blaſio.*

279 Le Concile de Trente a voulu rappeller l'ancien eſprit de l'Egliſe ; en ordonnant qu'on n'accordera point de diſpenſes pour contracter mariage contre les regles de l'Egliſe ; ou du moins qu'on ne les accordera que rarement pour de juſtes ſujets, & gratuitement : *In contrahendis matrimoniis*

*vel nulla omnino detur dispensatio, vel rarò, idque ex causâ, & GRATIS concedatur; Sess. 14, cap. 5, de reform. matrim.*

Ce décret du Concile de Trente, qui renouvelloit l'ancienne discipline sur les dispenses des empêchemens de mariage, n'est pas bien observé. On accorde en Cour de Rome des dispenses des empêchemens de parenté ou d'affinité, pour des causes très-légeres. On peut dire, pour excuser ce relâchement de discipline, & la facilité qu'on a aujourd'hui d'accorder des dispenses des empêchemens de parenté & d'affinité, au moins à l'égard des degrés plus éloignés que celui des cousins-germains, que si on étoit si difficile autrefois pour accorder ces dispenses, c'est que sur la foi des fausses Décrétales, on étoit persuadé que la défense des mariages dans les degrés de parenté & d'affinité auxquels elle avoit été étendue, avoit toujours eu lieu dans l'Eglise : le respect qu'on avoit pour une discipline qu'on croyoit avoir été de tous les temps & de tous les lieux, ne permettoit pas de croire qu'on pût facilement s'en écarter & en accorder dispense. Mais la critique ayant depuis découvert la fausseté de ces Décrétales ; & étant constant aujourd'hui que la défense des mariages au-delà du degré des cousins-germains n'a commencé à s'introduire que dans le sixieme siecle, & que les raisons pour lesquelles ces mariages ont été défendus, sont peu importantes, on a cru qu'on pouvoit être facile à accorder des dispenses de la défense de contracter mariage dans ces degrés, en attendant que dans un Concile général l'Eglise abroge cette défense.

## §. III.

### *Distinction à l'égard de la concession des dispenses entre les mariages qui n'ont pas encore été contractés, & ceux à la célébration desquels les parties ont déja passé.*

280. Les Supérieurs ecclésiastiques doivent faire une grande différence entre les dispenses qu'on leur demande pour contracter un mariage contre les regles de l'Eglise, qui ne l'a pas encore été, & entre celles qu'on leur demande pour valider un mariage qui a été célébré contre les regles de l'Eglise : ils doivent être très-difficiles à accorder la dispense dans le premier cas ; car en permettant par leur dispense de contracter, contre les regles de l'Eglise, un mariage qui ne l'a pas encore été, c'est permettre expressément l'infraction de la regle ; c'est l'approuver & l'autoriser expressément : ils peuvent être plus faciles à accorder dispense pour valider un mariage à la célébration duquel les parties ont déja passé ; car en ce cas, ils ne permettent pas expressément par leur dispense l'infraction de la regle, ils ne l'approuvent pas, ils ne l'autorisent pas comme dans le cas précédent ; ils tolerent seulement l'infraction qui a été faite à la regle, pour éviter un plus grand mal qui résulteroit du scandale & des inconvéniens que causeroit la dissolution du mariage.

C'est sur le fondement de cette distinction que nous avons vu *suprà*, *n.* 274, qu'on n'accordoit pas de dispenses à une femme pour épouser son adultere ou le meurtrier de son mari, dans les cas où les regles de l'Eglise défendent ces

mariages; mais que les parties ayant passé à la célébration du mariage, on on leur accordoit une dispense pour le valider.

281. Dans le cas où les parties ont passé à la célébration d'un mariage contre les regles de l'Eglise, il y a encore une autre distinction importante à faire, qui est de sçavoir, si c'est par ignorance qu'elles ont célébré ce mariage, ou si c'est avec connoissance de l'infraction qu'elles faisoient aux regles de l'Eglise en le célébrant. On doit être facile à leur accorder la dispense, lorsque c'est par ignorance qu'elles ont célébré le mariage: on doit au contraire être difficile à la leur accorder, lorsqu'elles ont eu connoissance de l'infraction qu'elles commettoient en le célébrant; les parties en ce cas en étant indignes, & d'ailleurs parce que la facilité qu'on auroit à la leur accorder, pourroit porter d'autres personnes à enfreindre exprès la regle, dans la confiance d'en obtenir la dispense. Nous trouvons cette distinction dans le Concile de Trente: *Si quis intrà gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere præsumpserit, separetur & spe dispensationis consequendæ careat . . . . quod si ignoranter id fecerit . . . . & spe solemnitatibus adhibitis impedimentum aliquod postea subesse cognoscatur, cujus probabilem ignorantiam habuit, tunc facilius cum eo, & GRATIS dispensari poterit; Sess. 14, cap. 5, de reform. matrim.*

Les parties méritent sur-tout cette grace, lorsqu'aussi-tôt que la connoissance de l'empêchement leur est survenue, elles ont cessé de se connoître charnellement: c'est pourquoi on doit exposer dans la supplique, si depuis cette connoissance survenue les parties ont cessé aussi-tôt, ou ont continué encore de se connoître charnellement.

282. La premiere partie du décret du Concile de Trente, qui défend d'accorder des dispenses aux parties qui avoient connoissance de l'empêchement, lorsqu'elles ont célébré leur mariage, & qui est en cela conforme à l'ancienne discipline, n'est pas néanmoins exactement observée, & on accorde en Cour de Rome ces dispenses; mais on exige, pour qu'elles ne soient pas obreptices, que les parties exposent dans leur supplique qu'elles avoient connoissance de l'empêchement lorsqu'elles se sont mariées; & qu'elles l'ont consommé ayant cette connoissance; & si elles l'ont fait dans la vue d'être plus facilement dispensées.

## ARTICLE IV.

### *Des principales causes qu'on a coutume d'exposer pour obtenir les dispenses des empêchemens de parenté & d'affinité; & des dispenses qui s'accordent sans cause.*

283. Les principales causes qu'on a coutume d'exposer en Cour de Rome pour obtenir dispense des empêchemens de parenté & d'affinité, sont, 1°. celle qu'on appelle *ob angustiam loci*, lorsqu'une fille expose que si elle étoit obligée de se marier hors de sa parenté & affinité, elle auroit peine à trouver dans le lieu de sa demeure des personnes de son état qu'elle pût épouser.

284. La seconde est celle qu'on appelle *indotata.*

Et la troisieme qu'on appelle *ob incompetentiam dotis*, par laquelle une fille expose qu'elle n'a point de dot à apporter en mariage, ou qu'elle n'a pas de

de quoi en apporter une ſuffiſante pour ſupporter les charges d'un mariage avec un homme de ſon état, & qu'elle courroit riſque de ne pas trouver à ſe marier, ſi on ne lui permettoit d'épouſer un tel ſon parent qui veut bien la prendre ſans dot ou avec une dot modique.

285. La quatrieme, qu'on appelle *vidua filiis gravata*, eſt lorſqu'une veuve expoſe qu'elle eſt chargée d'enfans, & d'un commerce difficile, qu'elle eſt obligée de ſoutenir pour fournir à leur éducation; ce qu'elle ne pourroit faire, ſi elle ne s'attachoit par le mariage à ſon parent qui connoît le fond de ce commerce, & dont elle a beſoin pour le continuer. On a coutume d'inférer dans cette eſpece de diſpenſe cette clauſe, *poſtquam dictus orator caverit ſe dictis filiis alimenta præſtiturum.*

286. La cinquieme eſt celle qu'on appelle *pro oratrice excedente vigeſimumquartum annum*, par laquelle une fille expoſe qu'ayant déja paſſé un tel âge (qui doit au moins excéder 24 ans) ſans pouvoir trouver à ſe marier, elle courroit riſque de ne pas trouver, ſi on ne lui permettoit d'épouſer un tel.

287. La ſixieme cauſe eſt celle par laquelle une fille expoſe qu'il y a dans ſon pays beaucoup d'hérétiques cachés, & que ſi on ne lui permettoit pas d'épouſer un tel ſon couſin, dont l'orthodoxie lui eſt connue, elle courroit riſque d'épouſer un hérétique caché, qui pourroit la pervertir.

Ce ſeroit pareillement une juſte cauſe d'obtenir diſpenſe, ſi les parties expoſoient que dans le lieu de leur demeure, la corruption des mœurs eſt ſi grande, & le nombre des perſonnes qui menent une vie chrétienne, ſi petit, que ſi on ne leur permettoit pas de ſe marier enſemble, elles auroient de la peine à trouver dans le lieu à s'allier à d'autres perſonnes de leur état, avec leſquelles elles puſſent s'accorder à mener enſemble une vie chrétienne & éloignée des compagnies mondaines, & à donner une éducation chrétienne à leurs enfans. Des diſpenſes accordées pour cette cauſe ſont très-légitimes, pourvu que les parties, en les obtenant ſur cet expoſé, aient eu une véritable intention de mener cette vie chrétienne.

288. La ſeptieme cauſe eſt celle par laquelle les parties expoſent que la violence de leur paſſion, & non pas le deſſein d'obtenir plus facilement diſpenſe, les a portées à avoir habitude enſemble, & qu'il n'y a que le mariage qui puiſſe réparer l'honneur de la fille, & prévenir le ſcandale.

Lorſque les parties n'ont pas eu habitude enſemble, on expoſe ſeulement qu'elles ont une violente paſſion l'une pour l'autre, & que les occaſions fréquentes qu'elles ont de ſe rencontrer, les expoſent à un grand danger de ſuccomber à la tentation, ſi on ne leur permet de ſe marier enſemble.

289. Il y a encore pluſieurs autres cauſes de diſpenſes, telles que celle de terminer des procès conſidérables; celle de conſerver les biens d'une famille illuſtre, *&c.*

290. On accorde quelquefois des diſpenſes d'empêchement de parenté ou d'affinité ſans que les parties aient expoſé dans leur ſupplique aucune cauſe pour les obtenir. Les Canoniſtes, pour autoriſer ces diſpenſes, diſent que le bon uſage qui eſt fait des ſommes qu'on donne pour les obtenir, eſt une cauſe pour les accorder.

Cela ne s'accorde guere avec le Concile de Trente, qui ordonne que les

dispenses ne pourront s'accorder que pour une juste cause, & gratuitement : *rarò idque ex causâ, & gratis concedatur* : & si, suivant le Concile de Trente, il n'est pas permis au Pape d'accorder des dispenses sans une juste cause, les parties qui les obtiennent, peuvent-elles dans le for de la conscience s'en servir ?

Ajoutez que la supplique sur laquelle sont obtenues ces dispenses *sans cause*, n'expriment, à la vérité, aucune cause déterminée pour laquelle la dispense est demandée ; & qu'au lieu de cela, selon le style de Rome, il y est dit en termes vagues, que les parties demandent la dispense, *ex certis rationalibus causis eorum animos moventibus* : cet exposé suppose que les parties ont effectivement quelque sujet raisonnable de dispense. La dispense qui leur est accordée sur cet exposé, leur est accordée dans cette supposition : mais si cette supposition est fausse, si dans la vérité les parties n'avoient aucune cause pour demander la dispense, cette dispense demandée & accordée sur une fausse supposition, peut-elle être valable dans le for de la conscience ?

Lorsque les parties se sont mariées en exécution de cette dispense, qui n'a de vice que dans le for de la conscience, l'impossibilité en laquelle elles sont de rompre leur mariage, devient un juste sujet de dispense pour ce mariage, même dans le for de la conscience. Ainsi les parties sont seulement en ce cas obligées à expier par des œuvres satisfactoires la faute qu'elles ont commise.

## ARTICLE V.

### *De la forme des dispenses ; & de ce que doit contenir la Supplique pour les obtenir.*

### §. I.

### *De la forme des dispenses.*

291. Les dispenses des empêchemens de mariage qu'on obtient en Cour de Rome pour pouvoir célébrer le mariage, s'expédient à la Daterie *in formâ commissoriâ*. Cette forme est ainsi appellée, parce que sur la supplique qui est présentée au Pape par les parties, on leur expédie en la Daterie un acte par lequel le Pape commet & délegue l'Official du Diocèse des parties pour leur accorder la dispense demandée, *si preces veritate nitantur* ; c'est-à-dire, si après information faite, il reconnoit que les faits exposées par la supplique des parties, sont véritables. Pour cet effet, la supplique est transcrite en entier dans les lettres.

De-là il résulte que ces expéditions de dispenses ne sont pas proprement la dispense, mais seulement un pouvoir ou une procuration que le Pape donne à l'Official à qui ces expéditions sont adressées, pour accorder la dispense.

Lorsqu'il y a plusieurs Officiaux, la discipline est censée adressée à l'Official diocésain du territoire des parties.

Lorsque les parties sont de différens Dioceses, c'est ordinairement à l'Official du Diocese de la femme que l'expédition est adressée.

292. Cet Official est délégué en sa qualité d'Official : c'est pourquoi, en cas de mort ou de destitution, le pouvoir passe de plein droit à son successeur, & même à l'Official du Chapitre *sede vacante*.

Par la même raiſon, le pouvoir accordé par le bref, ne s'éteint pas par la mort du Pape ſurvenue avant la fulmination, parce que ce n'eſt pas en ſon propre nom, mais en ſon nom de Pape qu'il l'a accordée. C'eſt la déciſion de Boniface VIII ; *cap. ſi ſuper 9, de Offi. & pot. jud. deleg. in ſexto.*

293. Lorſque les parties n'ont ni l'un ni l'autre le moyen de payer la ſomme portée au tarif de la Daterie pour les lettres de diſpenſes, ſur l'expoſé qu'elles font de leur pauvreté, & ſur le certificat qu'elles doivent rapporter de leurs Curés qui atteſtent qu'elles ſont pauvres l'une & l'autre, & qu'elles ne vivent que de leur travail, on leur expédie les diſpenſes *in formâ pauperum*, en inſérant dans ces diſpenſes ces termes, *qui pauperes & miſerabiles exiſtunt, & ex labore & induſtriâ ſuâ tantùm vivunt*, ce qui leur évite le paiement de la ſomme portée au tarif de la Daterie.

294. Il nous reſte à obſerver ſur la forme des diſpenſes, que lorſque les parties ont pluſieurs empêchemens dirimans, la diſpenſe en doit être accordée par les mêmes lettres. Par exemple, ſi les parties étoient couſins au quatrième degré, & qu'outre cela l'une des parties fût le parrain de l'autre, la diſpenſe de la conſanguinité & celle de la parenté ſpirituelle devroit être accordée par les mêmes lettres. Si les diſpenſes de ces deux eſpeces d'empêchemens étoient accordées par des lettres ſéparées, elles ſeroient nulles ; ce ſeroit une obreption faite au Pape, qui eût pu être plus difficile à les accorder, s'il eût ſçu le concours des deux empêchemens.

295. A l'égard des diſpenſes qui s'obtiennent de quelque empêchement ſecret, pour valider dans le for de la conſcience un mariage qui a déja été célébré, elles s'expédient par un bref de la Pénitencerie adreſſé à un Prêtre approuvé que les parties auront choiſi pour leur Confeſſeur.

Ces diſpenſes n'ont d'effet que pour le for de la conſcience, & elles ne peuvent valider le mariage pour le for extérieur, dans le cas auquel l'empêchement ſecret viendroit à être découvert. Il n'en doit pas même reſter de veſtiges ; & le Confeſſeur à qui elles ſont adreſſées, doit, après qu'il en a fait uſage, les déchirer.

## §. II.

### *De ce que doit contenir le Supplique.*

296. La ſupplique qu'on préſente pour obtenir à la Daterie des diſpenſes de quelque empêchement de mariage, doit contenir les noms des perſonnes pour leſquelles la diſpenſe eſt demandée.

Lorſque la diſpenſe eſt demandée pour un empêchement qui eſt particulier à l'une des parties qui ſe propoſent de contracter mariage enſemble, tel qu'eſt celui du Souſdiaconat : comme il n'y a en ce cas que cette partie qui a beſoin de diſpenſe, il ſuffit que la ſupplique contienne ſon nom : il n'eſt pas néceſſaire qu'elle contienne celui de la perſonne qu'elle veut épouſer. Mais lorſque l'empêchement eſt commun aux deux parties, tels que ſont ceux de parenté & d'affinité naturelle & ſpirituelle, la ſupplique doit contenir les noms des parties : car la diſpenſe doit être accordée aux deux parties ; & le mariage ne pourroit pas être valablement contracté, ſi la diſpenſe n'étoit accordée qu'à l'une d'elles.

297. Au reſte, la diſpenſe eſt valablement accordée aux perſonnes nommées dans la ſupplique, quand même ces perſonnes n'auroient pas donné ordre de les obtenir : par exemple, ſi j'ai, avec une fille que je veux épouſer, un empêchement d'affinité réſultant d'un commerce illégitime que j'ai eu avec la mere de cette fille, dont elle n'a pas de connoiſſance, je puis, ſans ſa participation & à ſon inſçu, obtenir en mon nom & au ſien des diſpenſes de cet empêchement.

298. La ſupplique doit contenir l'eſpece de l'empêchement dont on demande la diſpenſe, & la cauſe pour laquelle elle eſt demandée.

Si la ſupplique énonçoit une autre eſpece d'empêchement que celui qui ſe rencontre dans les parties, les diſpenſes accordées ſur cette ſupplique, ſeroient nulles.

Cela auroit-il lieu dans le cas auquel l'empêchement énoncé dans la ſupplique, ſeroit plus conſidérable que celui qui ſe rencontre effectivement dans les parties ; *putà*, ſi on avoit énoncé par la ſupplique que les parties ſont parentes à un tel degré, quoiqu'elles ne ſoient qu'affins à ce degré ? Il pourroit ſembler que la diſpenſe ayant été accordée pour un empêchement de parenté, qui eſt plus conſidérable que celui d'affinité, elle eſt cenſée, *à fortiori*, accordée pour l'empêchement d'affinité qui ſe rencontre dans les parties. Néanmoins Corradus, dans ſa Pratique des Diſpenſes, dont Van-Eſpen rapporte le ſentiment, décide que la diſpenſe eſt nulle ; les parties, dans ce cas, en obtenant une diſpenſe de parenté, ont obtenu une diſpenſe dont elles n'avoient pas beſoin pour un empêchement qu'elles n'avoient pas, & elles n'ont pas obtenu la diſpenſe de l'empêchement de l'affinité qui ſe rencontre en elles. On dira que la parenté étant un empêchement plus conſidérable que celui d'affinité, ſi le Pape a bien voulu accorder la diſpenſe pour l'empêchement de parenté, a plus forte raiſon, il auroit voulu l'accorder pour l'empêchement d'affinité. La réponſe eſt, que pour qu'il y ait une diſpenſe, il ne ſuffit pas de dire que le Pape auroit bien voulu l'accorder ; il faut qu'il ait voulu effectivement l'accorder : on ne peut pas dire, dans ce cas, qu'il a voulu l'accorder, puiſque ce n'eſt pas la diſpenſe pour cet empêchement qui lui a été demandée.

299. Il ne ſuffit pas que la ſupplique exprime que les parties demandent diſpenſe pour un empêchement de parenté ou d'affinité ; il faut que le degré de parenté ou d'affinité ſoit exprimé par la ſupplique, parce que les diſpenſes s'accordent plus ou moins facilement, ſelon que le degré eſt plus éloigné, ou plus prochain.

En cas d'inégalité de degré, comme lorſque la parenté eſt du deux au trois, telle qu'elle eſt entre la fille de mon couſin-germain & moi, il ſuffit, ſuivant la conſtitution de Pie V, d'exprimer par la ſupplique le degré le plus éloigné, ſuivant cette regle des Canoniſtes : *in linea inæquali quoto gradu remotior perſona diſtat à communi ſtipite, tot gradibus cognati diſtant inter ſe.*

Pie V excepte le cas auquel on demanderoit diſpenſe pour le mariage d'un oncle avec ſa niece, ou avec ſa petite-niece, pour lequel il ne ſe contente pas qu'il ſoit dit par la ſupplique que les parties ſont parentes au ſecond degré ; ou ſi c'eſt une petite-niece, qu'elles ſont parentes au troiſieme degré ; mais il veut qu'en ce cas, la ſupplique exprime que les parties ſont *l'oncle*

*& la niece*, l'empêchement entre ces perſonnes étant infiniment plus conſidérable que celui des couſins.

Si on n'avoit pas exprimé dans la ſupplique que les parties ſont l'oncle & la niece, & qu'on ſe fût contenté de déclarer qu'elles étoient parentes au ſecond degré, ce défaut dans la ſupplique devroit empêcher l'Official de fulminer les diſpenſes : mais s'il avoit paſſé par-deſſus ce défaut, & fulminé les diſpenſes, & que les parties euſſent en conſéquence célébré de bonne foi le mariage, on ne devroit pas être reçu à l'attaquer ſur le défaut de la ſupplique. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 15 Mars 1672, rapporté par d'Héricour, dans l'eſpece d'un appel comme d'abus interjetté par des parens, de la fulmination des diſpenſes obtenues pour le mariage d'un oncle avec ſa petite-niece, ſur une ſupplique qui expoſoit ſeulement que les parties étoient parentes au troiſieme degré, & de la célébration du mariage qui avoit ſuivi. L'Arrêt jugea qu'il n'y avoit abus.

300. Lorſqu'il y a deux parentés entre les parties, il ne ſuffit pas qu'il ſoit dit dans la ſupplique, que les parties ſont parentes à un tel degré ; il faut exprimer les deux parentés par la ſupplique ; car les deux parentés forment deux empêchemens. Il ne ſuffit pas d'avoir diſpenſé de l'un de ces empêchemens, il faut l'avoir des deux ; & pour avoir diſpenſé des deux, il faut la demander pour les deux, & par conſéquent expoſer les deux parentés dans la ſupplique.

L'Auteur des Conférences de Paris rapporte un Arrêt du 6 Août 1609, qui déclara abuſives des diſpenſes accordées à un couſin-germain & une couſine-germaine ; parce que les parties n'avoient pas expliqué qu'elles l'étoient tant du côté paternel, que du côté maternel.

Je ne crois pas que la Cour uſât de la même rigueur, ſi la parenté étoit dans un degré plus éloigné, & les diſpenſes fulminées, & le mariage célébré en conſéquence.

Ce principe, que lorſqu'il y a deux empêchemens, on doit expoſer les deux, ſouffre exception, lorſque celui qui a été expoſé ſuppoſe l'autre. Par exemple, j'ai contracté des fiançailles avec une femme ; il en réſulte un empêchement d'honnêteté publique avec les ſœurs de cette femme, ſi je voulois par la ſuite épouſer quelqu'une d'elles : j'ai enſuite contracté mariage avec cette même femme, & j'ai conſommé le mariage ; il en réſulte un autre empêchement, qui eſt celui d'affinité au premier degré. Si après la mort de ma femme, je veux épouſer une de ſes ſœurs, il faut que nous expoſions l'empêchement d'affinité au premier degré, qui réſulte de mon mariage avec ma femme. Il n'eſt pas néceſſaire d'expoſer auſſi celui qui réſulte des fiançailles avec elle ; car celui d'affinité que nous avons expoſé, le ſuppoſe & le contient *eminenter*.

301. Enfin, lorſque les parties qui ont eu commerce charnel enſemble, demandent des diſpenſes de parenté ou d'affinité, leur ſupplique doit contenir l'aveu de ce commerce ; & ſi elles l'ont eu ayant connoiſſance de leur parenté ou affinité, ou n'en ayant pas connoiſſance ; comme auſſi, ſi elles l'ont eu dans la vue d'obtenir plus facilement diſpenſe, ou ſans cette vue. C'eſt ce que Pie V a ordonné par ſa Bulle, ſous la peine que l'omiſſion de

l'aveu de ce commerce, ou même seulement des circonstances de ce commerce, rendroit la dispense obreptice & nulle.

Pirrus-Corradus, dans son Traité des dispenses, ajoute que si le commerce charnel n'étoit intervenu que depuis l'expédition en Cour de Rome, mais avant la fulmination, ce commerce rendroit nulle la dispense, & empêcheroit qu'elle ne pût être valablement fulminée, parce que le Pape n'a donné pouvoir de dispenser à l'Official à qui elle est adressée, que sous la condition que l'exposé de la supplique se trouvera véritable au temps de la fulmination; *Si ita est dispensa.* Or l'exposé de la supplique, qui supposoit que les parties s'étoient comportées sagement, en ne faisant mention d'aucun commerce charnel intervenu, quoiqu'il fut véritable au temps de la supplique, se trouve ne l'être plus au temps où il est question d'accorder & de fulminer la dispense; & par conséquent la condition sous laquelle le pouvoir en avoit été accordé à l'Official, se trouve défaillir.

Dans tous ces cas, il faut se pourvoir en Cour de Rome, pour, sur un nouvel exposé véritable, y obtenir de nouvelles Lettres qui valident la dispense, & qu'on appelle Lettres de *perinde valere.*

Decombes, dans son Traité des Officialités, dit que suivant l'usage de France, il suffit dans ces cas de s'adresser à l'Evêque, qui, sur l'exposé de la requête à lui présentée, permet de se servir de la dispense, nonobstant ces omissions, sur-tout lorsque le délai nécessaire pour envoyer de nouveau à Rome, pourroit causer quelque scandale ou quelque inconvénient.

Le commerce charnel intervenu depuis la fulmination des dispenses, quoiqu'il soit un grand péché, n'y donne aucune atteinte, & n'oblige point à obtenir des confirmations de dispense.

## §. III.

### *De la fulmination des dispenses.*

302. La fulmination de la dispense est une sentence par laquelle l'Official à qui elle est adressée, après information par lui faite de la vérité des faits exposés par la supplique des parties, ordonne qu'elles jouiront de l'effet de la dispense, & leur permet en conséquence de se marier ensemble.

C'est cette sentence de fulmination, qui contient proprement la concession de la dispense. Les Lettres de dispense expédiées en Cour de Rome, ne contiennent proprement qu'une commission & un pouvoir attribué par le Pape à l'Official à qui elles sont adressées, d'accorder la dispense après qu'il se sera juridiquement assuré de la vérité des faits exposés par la supplique, comme nous l'avons vu en l'article précédent. C'est donc par la sentence de fulmination, que cet Official accorde la dispense, non de sa propre autorité, mais de l'autorité du Pape, qui lui est pour cet effet déléguée par les Lettres de dispense.

303. Pour parvenir à cette fulmination, les parties présentent leurs Lettres de dispenses à l'Official à qui elles sont adressées, avec une requête pour procéder à la fulmination. L'Official met au bas de la requête une ordon-

nance par laquelle il accepte la commiſſion, & ordonne de la communication au Promoteur. Sur les concluſions du Promoteur, il fait ſubir interrogatoire aux parties ſur la vérité des faits expoſés en la ſupplique, & procede à l'audition des témoins, qui peuvent être les parens des parties. Enfin, après le tout communiqué au Promoteur, qui donne ſes concluſions, il fulmine les diſpenſes, ou il en déboute.

304. Lorſque l'Official, par ſon information, reconnoît que le fait expoſé par la ſupplique eſt faux, la diſpenſe obtenue ſur cet expoſé, étant en ce cas *obreptice* & nulle, il ne doit pas la fulminer, mais il en doit débouter les parties. Il faut néanmoins diſtinguer ſi la fauſſeté qui ſe trouve dans la ſupplique, tombe ſur quelque choſe d'eſſentiel, ou ſur quelque choſe d'indifférent. La fauſſeté tombe ſur quelque choſe d'eſſentiel, lorſqu'elle tombe ſur la qualité de l'empêchement; comme lorſqu'il eſt dit que les Supplians ſont parens au quatrieme degré, & qu'ils le ſont au troiſieme; ou lorſque la fauſſeté tombe ſur le fond de la cauſe pour laquelle la diſpenſe eſt demandée, & la détruit; comme s'il étoit dit que les parties ont eu commerce charnel enſemble, & que le fait fût faux; s'il étoit dit qu'une fille a déja paſſé vingt-quatre ans ſans avoir trouvé à ſe marier, & qu'elle n'en eût que vingt-deux ou vingt-trois: dans tous ces cas, la diſpenſe ſeroit *obreptice*, & l'Official ne devroit pas la fulminer.

Il n'importe, à cet égard, que ce qu'il y a de faux dans la ſupplique, y ait été mis avec la participation des parties, ou à leur inſçu.

Il n'importe pareillement que l'expoſé fût déja faux lors de l'impétration de la diſpenſe en Cour de Rome, ou qu'il ne ſoit devenu faux que depuis, avant la fulmination de la diſpenſe; comme ſi on a expoſé qu'une fille étoit ſans biens, *indotata*, ce qui étoit vrai alors, & que depuis, lui étant ſurvenu une riche ſucceſſion avant la fulmination de la diſpenſe, l'expoſé ſoit devenu faux, l'Official, à qui le pouvoir n'eſt accordé que *ſi ita eſt*, ne doit pas la fulminer: mais ſi la ſucceſſion n'étoit échue que depuis la fulmination, cela ne donneroit aucune atteinte à la diſpenſe, qui a été légitimement obtenue, & *à fortiori*, ſi elle n'étoit échue que depuis le mariage.

*Contrà, vice versâ*, ſi l'expoſé étoit faux lors de l'impétration; *putà*, que la fille qui s'eſt dite *indotata*, eût alors un bien convenable, quoique depuis, l'expoſé ſoit devenu vrai, cette fille ayant perdu tout ſon bien; la diſpenſe obtenue ſur un expoſé qui étoit alors faux, n'en demeure pas moins nulle & *obreptice*, & ne doit pas être fulminée.

Lorſque la fauſſeté qui ſe trouve dans la ſupplique, ne tombe que ſur quelque choſe d'indifférent, cela ne doit point empêcher l'Official de fulminer la diſpenſe: comme s'il étoit expoſé qu'une fille a trente-cinq ans paſſés ſans avoir trouvé à ſe marier, & qu'elle n'en eut que trente-quatre. Car, dans un âge auſſi avancé, pour porter le Pape à accorder la diſpenſe, il eſt indifférent que la fille ait une année de plus ou de moins.

Lorſque dans la ſupplique il s'eſt gliſſé quelqu'erreur ſur les noms de l'une des parties; ſi elle eſt d'ailleurs ſuffiſamment déſignée, cette erreur ne doit pas empêcher la fulmination de la diſpenſe.

Lorſque la ſupplique ne contient rien qui ne ſoit vrai, la diſpenſe n'eſt

pas *obreptice ;* mais ſi elle ne contient pas tout ce qui devoit y être expoſé, *Voyez ſuprà , n. 296 & ſuiv.* elle eſt en ce cas *ſubreptice* , & elle ne doit pas être fulminée.

305. Lorſque la diſpenſe étant *obreptice* ou *ſubreptice* , ne peut être fulminée , il falloit autrefois ſe pourvoir à Rome pour en obtenir de nouvelles. Mais l'Auteur des Conférences de Paris nous apprend que l'uſage eſt aujourd'hui en France, qu'on ſe pourvoit en ce cas devant l'Evêque , qui diſpenſe de ce qui manque à celle du Pape , & permet en conſéquence à ſon Official, à qui elle eſt adreſſée, de la fulminer.

La raiſon qu'il en donne , eſt qu'un bref de diſpenſe adreſſé à l'Official du Dioceſe des parties , n'eſt pas regardé comme purement attributif, tel qu'un bref qui ſeroit adreſſé à un Evêque pour quelque affaire de perſonnes qui ne ſont pas de ſon Dioceſe. Dans ces brefs purement attributifs, le délégué doit ſe renfermer dans les bornes du mandat ; il ne peut en aucune maniere *egredi fines mandati ;* mais le bref de diſpenſe que le Pape adreſſe à l'Official du Dioceſe des parties , eſt plutôt excitatif que ſimplement attributif ; c'eſt-à-dire , que le Pape , en renvoyant le pouvoir d'accorder la diſpenſe à l'Official de l'Ordinaire , excite , reſſuſcite , & rend en quelque façon à l'Ordinaire , pour le cas préſent , le pouvoir que cet Evêque , en qualité d'Evêque & d'Ordinaire , avoit d'accorder la diſpenſe , & qu'il avoit laiſſé éteindre par la preſcription. Cet Evêque étant donc , pour le cas préſent , rétabli dans ſon pouvoir , il peut , dans ce cas , diſpenſer & ſuppléer à ce qui manque à la diſpenſe du Pape.

# QUATRIEME PARTIE.

## *De la forme du Contrat de mariage ; & de l'Acte qui en doit être dreſſé.*

NOus n'entendons pas ici par *Contrat de Mariage* , l'acte qui contient les conventions matrimoniales ; mais nous entendons le mariage même , c'eſt-à-dire , l'acte par lequel les parties conviennent réciproquement de ſe prendre pour époux.

Parmi les choſes qui ſont requiſes, à l'égard de la forme de ce contrat , il y en a ſans leſquelles le mariage ne peut être valablement contracté , & dont le défaut ou l'inobſervation le rendroit nul : elles feront la matiere d'un premier Chapitre. Il y a d'autres choſes qui ſont requiſes , ſans que l'inobſervation de ces choſes rende le mariage nul : elles feront la matiere d'un ſecond Chapitre. Nous traiterons dans le troiſieme , de l'acte qui doit être dreſſé pour établir la preuve du mariage.

CHAPITRE

# CHAPITRE PREMIER.

*Des choſes requiſes dans la forme, pour que le mariage puiſſe être valablement contracté, & dont le défaut ou l'inobſervation le rend nul.*

306. CES choſes ſont, 1°. le conſentement des parties contractantes; 2°. quelquefois le conſentement de certaines perſonnes qui doit y accéder; 3°. la célébration en face d'Egliſe, & la compétence du Prêtre qui le célebre.

## SECTION PREMIERE.

*Du conſentement des parties contractantes.*

307. Le mariage étant un contrat, ne peut, de même que tous les autres contrats, être formé que par le conſentement des parties.

Les choſes qui ſont directement contraires à ce conſentement, & qui les détruiſent, ſont donc des empêchemens dirimans de mariage, qui empêchent qu'il ne puiſſe être valablement contracté.

Ces choſes qui détruiſent le conſentement, ſont l'erreur, la violence & la ſéduction, dont nous traiterons ſéparément.

### ARTICLE PREMIER.

*De l'erreur.*

### §. I.

*De l'erreur ſur la perſonne.*

308. Il eſt évident que l'erreur de l'une des parties, qui tombe ſur la perſonne même qu'elle ſe propoſe d'épouſer, détruit ſon conſentement.

Par exemple, ſi me propoſant d'épouſer Marie, & croyant contracter avec Marie & épouſer Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne, qui ſe fait paſſer pour Marie, il eſt évident qu'il n'y a pas de conſentement, & que le mariage que j'ai contracté avec Jeanne, que je prenois pour Marie, eſt nul par défaut de conſentement. Car le concours des volontés des deux parties pour une choſe, *duorum in idem placitum conſenſus*, ne ſe trouve pas dans cette eſpece; puiſque ſi Jeanne a voulu m'épouſer, je n'ai pas de même voulu épouſer Jeanne: ma volonté n'a pas concouru avec la ſienne *in idem placitum*; & ſi je lui ai dit que je la prenois pour mon épouſe, ce n'eſt pas pour cela elle, mais c'eſt Marie à qui je croyois parler, que je voulois prendre pour mon épouſe.

*Quid juris*, s'il étoit prouvé que lorſque j'ai épouſé Jeanne, que je prenois

pour Marie, j'étois dans la disposition de volonté d'épouser Jeanne, si j'eusse sçu que c'étoit Jeanne qu'on vouloit me donner en mariage? Même en ce cas le mariage est nul par défaut de consentement: car pour former le consentement, il ne suffit pas que j'eusse voulu épouser Jeanne; il faut que je l'aie effectivement voulu. Or, on ne peut pas dire que j'ai voulu épouser Jeanne, puisque c'est Marie que j'ai cru & que j'ai voulu épouser.

309. Mais si après avoir reconnu l'erreur, je consens de prendre pour femme Jeanne, que j'avois d'abord prise pour Marie, ce consentement réhabilite mon mariage avec cette femme, lequel, avant ce consentement, étoit nul. Ainsi le mariage de Jacob avec Lia fut réhabilité, lorsqu'après avoir reconnu que la femme qu'on lui avoit donnée, qu'il croyoit être Rachel, étoit Lia, il consentit d'épouser Lia.

Lorsque j'ai épousé en face d'Eglise Jeanne, que je prenois alors pour Marie, quoique ce ne soit que depuis la bénédiction nuptiale que j'ai reconnu l'erreur, & que j'ai consenti de prendre Jeanne pour ma femme; néanmoins lorsque l'erreur est secrette, la bénédiction nuptiale qui a précédé mon consentement, suffit pour la publicité de mon mariage avec Jeanne, quoiqu'il n'ait été contracté que depuis, par le consentement que j'ai donné depuis l'erreur reconnue; & il n'est pas nécessaire qu'il intervienne une nouvelle bénédiction nuptiale.

## §. II.

### *De l'erreur sur la qualité de la personne.*

310. Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, & n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable.

Par exemple, si j'ai épousé Marie, la croyant noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture; ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée; ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle ait été flétrie par Justice: dans tous ces cas, le mariage que j'ai contracté avec elle, ne laisse pas d'être valable, nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet.

En vain opposeroit-on que je n'eusse pas voulu épouser Marie, si j'eusse sçu ce que j'ignorois sur son compte; car pour que le mariage que j'ai contracté avec elle soit valable, il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser, si j'avois eu connoissance de ce que j'ai depuis découvert: il suffit que j'aie effectivement voulu l'épouser. Or l'erreur en laquelle j'ai été, n'empêche pas que je n'aie voulu effectivement l'épouser: elle ne détruit pas le consentement que j'ai effectivement donné à mon mariage avec Marie; & le mariage ayant été une fois contracté par mon consentement, son caractere d'indissolubilité rend le consentement que j'y ai donné, irrétractable & non sujet à rescision. C'est pourquoi, quand même ce seroit par le dol de Marie, que j'aurois été induit dans l'erreur en laquelle j'ai été sur son compte, je ne serois pas recevable à demander, pour raison de ce dol, la rescision de mon mariage.

L'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, est donc bien

différente de celle qui tombe sur la personne même ; celle-ci est incompatible avec ce qui est de l'essence du mariage : car il est de l'essence du mariage qu'il y ait un homme & une femme qui veuillent l'un & l'autre s'épouser ; ce qui ne se trouve pas, lorsque la femme que je parois épouser, n'est pas celle que je veux épouser : mais il n'est pas de même de l'essence du mariage, que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a ; il suffit que ce soit celle que j'ai voulu épouser.

311. Le principe que l'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, n'est pas un obstacle à la validité du mariage, a reçu une exception à l'égard de la condition de servitude.

Justinien, par sa Novelle 22, décide que le mariage que je contracte avec une femme esclave, que je crois libre, est nul de plein droit; *Si ab initio putaverit aliquis liberæ jungi personæ, illa verò postea famula declaretur existens, non dicimus solvi matrimonium, sed ab initio neque matrimonium fieri, &c. Nov. 22, cap. 10.*

Les canons ont pareillement décidé, que si j'ai épousé une femme que je crois libre, & qui étoit esclave, cette erreur rend le mariage nul, & on doit me permettre de la quitter & d'en épouser une autre, à moins que je n'eusse consenti à la retenir pour ma femme, depuis que j'ai sçu qu'elle étoit esclave. Il en est de même du cas auquel une femme auroit épousé un homme qu'elle croyoit libre, & qui étoit esclave : *Si quis ingenuus homo uxorem ancillam alterius acceperit & existimat quod ingenua sit, si ipsa fœmina fuerit postea in servitute detecta, si eam à servitute redimere potest, faciat ; si non potest, si voluerit, aliam accipiat . . . . . Similiter & mulier ingenua de servo alterius facere potest : Can. si quis 4, cauſ. 29, qu. 2.*

Le Concile de Compiegne, tenu l'an 757, dit au canon 5 : *Si francus homo accepit mulierem, & sperat( id est, existimat ) quod ingenua sit, & postea invenit quod non est ingenua, dimittat eam si vult, & accipiat aliam ; similiter si fœmina ingenua accepit servum, & sciebat tunc quod servus esset, habeat interim quo vivit, una lex erit & de viris & fœminis.*

Innocent III, dans sa Décrétale, qui est au chap. dern. *ext. de conjug. serv.* décide à l'égard d'un soldat qui avoit épousé une femme esclave, qu'il croyoit être de condition libre, que si depuis qu'il a reconnu l'état de cette femme, il n'a pas consenti à l'avoir pour sa femme; *si postquam intellexit conditionem ipsius, nec facto nec verbo consenserit in eamdem*, on peut lui permettre de la quitter & d'en épouser une autre. Le Pape ne l'oblige pas, comme fait le canon *Si quis*, à racheter cette femme, s'il est possible; car l'homme, par ce mariage qui est nul, n'a contracté aucune obligation envers cette femme qui l'a trompé, *quod nullum est, nullum producit effectum*; & ce qui est dit à cet égard dans le canon *Si quis*, ne doit passer que pour un conseil de charité.

Alexandre III & Urbain III, dans leurs Décrétales, *cap. 2 & 3, Ext. d. tit.* supposent le même principe, que l'erreur sur la condition d'une personne esclave, qu'on épouse, dans la croyance qu'elle est libre, rend nul le mariage.

312. La servitude étant depuis très-long-temps abolie en France, ces canons

ne peuvent plus y recevoir d'application. Il eſt vrai qu'il y a encore dans quelques provinces de France, telles que le Nivernois, le Bourbonnois, la Bourgogne, des perſonnes qu'on appelle *ſerfs;* mais elles n'ont ce nom que par rapport à certains devoirs, à certains ſervices ou corvées, auxquels elles ſont ſujettes envers leurs Seigneurs. Elles ſont d'ailleurs perſonnes libres, & elles ont même l'état & les droits de citoyen. C'eſt pourquoi ſi j'épouſe une perſonne de cette condition, que je crois être de condition franche, mon erreur ſur ſa condition ne rend pas plus nul le mariage, que l'erreur ſur toutes les autres qualités des perſonnes.

313. Il y a plus de difficulté à l'égard de l'erreur ſur l'état civil d'une perſonne, comme ſi une femme épouſoit un homme qu'elle croyoit jouir de ſon état civil, & qui eſt mort civilement par un jugement qui l'a banni à perpétuité hors du Royaume, ou qui l'a condamné aux galeres à perpétuité, d'où il s'eſt évadé: cette erreur a beaucoup de reſſemblance avec l'erreur ſur la condition de ſervitude. En épouſant une perſonne morte civilement, que je crois jouir de ſon état civil, le mariage que j'ai intention & volonté de contracter, eſt un mariage qui a les effets civils, qui ne peut ſe contracter avec une perſonne morte civilement, de même qu'il ne pouvoit ſe contracter avec un eſclave.

Néanmoins il n'y a ni loi ni canon qui déclare nul le mariage contracté par cette eſpece d'erreur: au contraire, il y a des Arrêts qui ont déclaré valides des mariages avec des perſonnes dont on ignoroit le banniſſement: *Voyez Dict. des Arrêts.* L'Auteur des Conférences de Paris, *tome* 2, cite une Sentence de l'Officialité de Paris, qui donne congé de la demande d'une femme en caſſation du mariage par elle contracté avec un condamné aux galeres perpétuelles, qui s'étoit ſauvé des galeres, & dont elle ignoroit l'état; & un Arrêt du Parlement de 1700, qui caſſe un mariage que cette femme avoit contracté du vivant de ce galérien.

314. Si l'erreur qui ne tombe que ſur les qualités de la perſonne, n'empêche pas la validité du mariage, à plus forte raiſon l'erreur dans laquelle on ſeroit tombé ſur le nom de la perſonne, lorſque la perſonne eſt d'ailleurs certaine, ne doit être d'aucune conſidération. La regle, *nil facit error nominis, cùm de perſonâ conſtat,* eſt une regle qui peut s'appliquer à toutes ſortes de matieres.

## ARTICLE II.

### *De la violence & de la ſéduction.*

315. Il y a un conſentement dans celui qui fait quelque choſe par contrainte, quelque grande que ſoit la violence qu'on emploie pour l'y contraindre; car il s'y détermine par un acte réfléchi de ſa volonté. Il préfere de faire ce qu'on le contraint de faire, plutôt que de s'expoſer au mal dont on le menace, s'il ne le fait pas: il veut donc le faire; car, *qui mavult, vult.* C'eſt pourquoi les Juriſconſultes diſent: *Coacta voluntas, voluntas eſt, volui quia coactus volui;* L. 21, § 5 ff. *quod met.*

Il y a donc dans celui qui contracte un mariage qu'on le contraint de contracter, une espece de volonté de le contracter; il donne une espece de consentement à ce mariage; mais ce consentement est un consentement imparfait, qui n'est que l'effet de la contrainte, & qui concourt avec une volonté contraire qu'il a de ne le pas contracter, s'il n'y étoit pas contraint. Ce consentement imparfait que donne au mariage celui qu'on contraint par violence à le contracter, n'est pas suffisant pour le contracter valablement.

Le consentement nécessaire pour la validité du mariage, est un consentement parfait, un consentement libre & spontanée, qui est incompatible avec la violence qu'on employeroit pour l'extorquer, suivant cette regle de Droit: *Nihil tam contrarium est consensui, quàm vis & metus;* L. 116, ff. *de reg. jur.*

316. Toute espece de contrainte néanmoins n'est pas suffisante pour être censée détruire le consentement, & pour faire déclarer nul un mariage qu'une personne prétend avoir contracté par contrainte.

Il faut que la violence qu'on a exercée contre lui, soit une violence considérable, capable de faire impression sur une personne qui a quelque fermeté d'esprit; *Si talis metus inveniatur illatus qui potuit cadere in constantem virum;* Cap. 28, *ext. de sponsal.*

Il faut que ce soit *vis atrox & adversùs bonos mores;* L. 3, §. 1, ff. *quod met. caus.*

1°. Il faut que ce soit *vis atrox;* c'est-à-dire, qu'il faut que ce soit un grand mal dont il ait été menacé; *metus majoris malitatis;* L. 5, ff. *quod met. caus.* & il faut qu'il ait été menacé de l'endurer sur le champ, s'il ne consentoit à ce qu'on lui proposoit; *Metum præsentem esse oportet, non suspicionem inferendi ejus;* L. 9, ff. *d. tit.* Si on n'avoit fait à quelqu'un que des menaces vagues pour le faire consentir au mariage qu'il a contracté, son mariage ne laisseroit pas d'être valable.

Pareillement, lorsque la crainte de déplaire à son pere, a porté une fille à consentir, contre son inclination, à un mariage que son pere a voulu qu'elle contractât, cette crainte ne rend pas nul son mariage.

Il faut, 2°. que la violence soit *adversùs bonos mores;* c'est-à-dire, il faut que ce soit une violence injuste. C'est pourquoi, si un homme qui auroit abusé une jeune fille, s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle auroit obtenu contre lui, & qu'elle étoit prête à mettre à exécution, le mariage sera valable, & cet homme ne sera pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence; car le décret de prise de corps obtenu contre lui, étoit une voie de droit, & non pas une violence *adversùs bonos mores.*

317. Lorsque la violence par laquelle quelqu'un a été contraint à contracter mariage, a les deux qualités que nous avons dit être requises pour qu'il puisse faire déclarer nul son mariage, il n'importe par qui elle ait été commise; il n'importe que la personne avec qui on l'a contraint de contracter mariage, ait eu part à cette violence, ou qu'elle n'y en ait eu aucune.

318. Observez aussi que lorsque la violence a ces deux qualités, celui qui a été contraint à contracter mariage, est reçu à se pourvoir contre son mariage, quoiqu'il se soit écoulé déja un certain temps depuis qu'il a été contracté, & quoiqu'il y ait des enfans nés de ce mariage. C'est ce qui a été

jugé par un Arrêt du 24 Avril 1651, rapporté par Soefve & au Journal, par lequel un mariage a été déclaré nul pour cauſe de contrainte, quoique la partie qui ſe plaignoit d'avoir été contrainte à le contracter, ne ſe fût pourvue qu'après trois ans de cohabitation, & qu'il y eût des enfans nés de cette union.

319. Il nous reſte à obſerver à l'égard de la violence employée dans les mariages, que l'Ordonnance de Blois, *art.* 281, veut que les Seigneurs qui contraignent les peres ou les tuteurs à donner leurs filles ou leurs pupilles en mariage à leurs gens, ſoient punis de la peine du crime de rapt.

320. La ſéduction n'eſt pas moins contraire que la violence à la liberté du conſentement, qui eſt requiſe pour le mariage : un conſentement ſurpris par dol & ſéduction, eſt imparfait, comme l'eſt celui extorqué par violence; c'eſt pourquoi nous avons vu *ſuprà*, *part.* 3, *chap.* 3, *art.* 7, que la ſéduction étoit un empêchement dirimant de mariage, auſſi-bien que le rapt. Nous y renvoyons.

## SECTION II.

*Du conſentement des perſonnes qui doit quelquefois, dans les mariages, acceder à celui des parties contractantes.*

### ARTICLE PREMIER.

*Du conſentement des Peres, Meres, Tuteurs & Curateurs.*

Il faut à cet égard diſtinguer le mariage des mineurs & celui des majeurs, celui des enfans légitimes & celui des bâtards.

### §. I.

*Du conſentement des Peres, Meres, Tuteurs ou Curateurs, qui doit intervenir dans le mariage des Mineurs.*

321. Tous conviennent que les enfans ne doivent contracter mariage qu'avec le conſentement de leurs pere & mere, & qu'ils pécheroient griévement s'ils manquoient envers eux à ce devoir. Tous conviennent pareillement que les mineurs qui n'ont ni pere ni mere, ne doivent contracter mariage qu'avec le conſentement de leurs tuteurs ou curateurs.

La ſeule queſtion qu'il y ait à cet égard, eſt de ſçavoir ſi le mariage d'une perſonne mineure, ayant dans le fait été contracté ſans le conſentement de ſes pere, mere, tuteur ou curateur, eſt nul par le défaut de ce conſentement. C'eſt ce que nous allons examiner.

Le Concile de Trente frappe d'anathême ceux qui diſent que le mariage des enfans de famille, contracté ſans le conſentement de leurs parens, eſt nul : *Tam etſi dubitandum non eſt* CLANDESTINA MATRIMONIA *libero conſenſu contrahentium facta, rata & vera eſſe matrimonia quamdiu Eccleſia ea irrita non fecit, proinde jure damnandi ſint, ut eos ſancta Synodus anathemate damnat, qui*

*ea vera & rata esse negant, quique falsò affirmant matrimonia à filiis-familias sine consensu parentum contracta irrita esse, & parentes ea rata & irrita facere posse; nihilominùs sancta Dei Ecclesia, ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit; Sess.* 24.

Le Concile, comme l'a fort bien observé M. Boileau, en son Traité des Empêchemens de mariage, *ch.* 9, *n.* 7, entend seulement condamner le sentiment de quelques Protestans, qui prétendoient que par le droit naturel, les parens avoient par eux-mêmes le pouvoir de valider ou d'annuller les mariages de leurs enfans, contractés sans leur consentement, sans qu'il fût besoin pour cela qu'il y eût une loi positive qui les déclarât nuls. Mais le Concile n'a pas décidé, ni pu décider que dans le cas d'une loi civile qui exigeroit dans les mariages des enfans de famille, le consentement de leurs parens, à peine de nullité, leurs mariages, contractés sans le consentement de leurs parens, ne laisseroient pas d'être valables. Le pouvoir qu'a la puissance séculiere de prescrire pour le contrat de mariage, de même que pour tous les autres contrats, telles loix qu'elle juge à propos, dont l'inobservation rende le contrat nul, est un pouvoir qui lui est essentiellement attaché; qu'elle tient de Dieu, & dont l'Eglise n'a jamais voulu ni pu la dépouiller, suivant que nous l'avons amplement établi en la premiere partie de ce Traité.

322. Suivant les Loix Romaines, les mariages des enfans de famille n'étoient pas valables sans le consentement préalable de celui qui les avoit en sa puissance; *In tantum ut jussus parentis præcedere debeat; inst. de nupt. in princ.* Et au §. 13, il est dit: *Si adversùs ea quæ diximus aliquì cohierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Les grands privileges accordés par les Empereurs aux soldats, ne les dispensoient pas de cette regle: *Filius-familias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit*; L. 35, ff. *de rit. nupt.*

Jamais l'Eglise ne s'est élevée contre ces loix; jamais elle n'a regardé comme valables les mariages contractés contre leur disposition; au contraire, elle les a regardés comme des fornications. C'est ce que nous trouvons dans la seconde Lettre canonique de saint Basile à Amphiloque, *can.* 42, où ce Pere dit, que les mariages des esclaves & ceux des enfans de famille, contractés sans le consentement de celui en la puissance de qui ils sont, sont des fornications plutôt que des mariages, jusqu'à ce que leur consentement intervienne: *Quæ sine iis qui habent potestatem fiunt matrimonia, sunt fornicationes, vivente ergo patre vel domino ii qui conveniunt non sunt ab accusatione liberi, donec conjugio domini annuerint, tunc enim firmitatem accepit conjugium.* C'étoit sur cela la doctrine de l'Eglise au temps d'Isidore Mercator, puisque dans la Décrétale qu'il a faussement attribuée au Pape Evariste, & qui est rapportée au décret de Gratien, *can. aliter, caus.* 30, *quæst.* 5, on appelle *adulteria, contubernia, stupra, & fornicationes, matrimonia facta sine consensu parentum.*

Pour prouver que le Concile de Trente, en déclarant valables les mariages clandestinement contractés par les enfans de famille sans le consentement de leurs parens, ne les a considérés que dans le cas auquel il n'y auroit aucune loi positive qui en auroit ordonné autrement, M. Boileau tire

encore argument de ces termes, *quamdiu ea Eccleſia irrita non fecit*; donc l'eſprit du Concile eſt, que l'Egliſe pourroit les rendre nuls, ſi par la ſuite elle jugeoit à propos de faire un empêchement dirimant du défaut de conſentement des parens. La propoſition avoit même été faite au Concile par les Evêques François, ſuivant que le rapporte Fra-Paolo, de rendre un décret pour déclarer nuls ces mariages : elle ne paſſa pas. Mais ſi l'Egliſe a ce droit, à plus forte raiſon la puiſſance ſéculiere doit l'avoir, puiſque le contrat de mariage appartenant, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, c'eſt à la puiſſance ſéculiere qu'appartient principalement le droit de preſcrire les loix qu'elle juge à propos d'établir pour la validité de ce contrat.

323. Toutes ces choſes préſuppoſées, notre queſtion ſe réduit à un fait, qui eſt de ſçavoir ſi nous avons en France une loi qui déclare nuls les mariages contractés par les mineurs, ſans le conſentement de leurs peres, meres, tuteurs ou curateurs.

Par les loix de nos Rois de la premiere race, un homme ne pouvoit épouſer valablement une fille ſans le conſentement du pere de la fille, à qui il étoit obligé de la rendre, avec une amende, s'il la redemandoit. C'eſt ce que nous trouvons dans les Capitulaires du Roi Dagobert, en la ſeconde partie, qui a pour titre, *lex Alemannorum*, *Cap.* 54, article premier, où il eſt dit : *Si quis filiam alterius non deſponſatam* (1) *acceperit ſibi uxorem, ſi pater ejus eam requirit, reddat eam, & cum quadraginta ſolidis eam componat* (2).

Pareillement, dans les Capitulaires de nos Rois de la ſeconde race, recueillis par Benedictus-Levita, nous liſons au livre ſeptieme, *art.* 463 : *Aliter legitimum, ut à patribus accepimus, & à ſanctis Apoſtolis eorumque ſucceſſoribus traditum invenimus, non ſit conjugium, niſi ab his qui ſuper fœminam dominationem habere videntur, uxor petatur, &c..... taliter & domino placebunt, & filios non ſpurios, ſed legitimos atque hereditabiles generabunt.*

324. Ces loix étoient tombées en déſuétude : il paroît par le préambule de l'Edit d'Henri II, du mois de Février 1556, qu'il n'y avoit aucune loi en vigueur contre les mariages des enfans de famille, contractés ſans le conſentement de leurs pere & mere. Voici comme cet Edit s'exprime : » Comme » ſur la plainte à nous faite des mariages, qui journellement, par une vo» lonté charnelle, indiſcrete & déſordonnée, ſe contractoient en notre Royaume » par les enfans de famille, contre le vouloir & conſentement de leurs pere » & mere, n'ayant aucunement devant les yeux la crainte de Dieu, l'hon» neur, révérence & obéiſſance qu'ils doivent à leurſdits parens.... nous euſ» ſions long-temps conclu & arrêté ſur ce faire une bonne loi & ordonnance, » par le moyen de laquelle ceux qui, pour la crainte de Dieu, l'honneur » & révérence paternelle & maternelle, ne ſeroient détournés & retirés de » mal faire, fuſſent par la ſévérité de la peine temporelle révoqués & ar» rêtés..... Pour ces cauſes.... » Il paroît par ces termes, qu'il n'y avoit aucune

(1) *Sibi à patre filiæ.*

(2) *Id eſt, luat pro delicto.*

loi

loi en vigueur contre ces mariages, & que c'eſt ce qui a porté le Roi à faire cet Edit.

Enſuite l'Edit continue ainſi : » Avons dit, ſtatué.... que les enfans de famille ayant contracté, & qui contracteront ci-après mariages clandeſtins » contre le gré, vouloir & conſentement de leurs pere & mere, puiſſent, pour telle irrévérence, ingratitude, mépris & contemnement de leurſdits peres & meres, tranſgreſſion de la loi de Dieu, être par leurſdits » peres & meres, & chacun d'eux, exhérédés.... Puiſſent auſſi leſdits peres » & meres, pour les cauſes que deſſus, révoquer toutes donations qu'ils auroient faites à leurs enfans ».

L'Edit continue en ces termes : » Voulons que leſdits enfans, qui ainſi » ſeront illicitement conjoints, ſoient déclarés, audit cas d'exhérédation, & les » déclarons incapables de tous avantages qu'ils pourroient prétendre par le » moyen des conventions appoſées ès contrats de mariage, ou par le bénéfice des Coutumes & Loix de notre Royaume. » Obſervez que l'Edit ne prononce, contre ces enfans, la peine de la déchéance de leurs conventions matrimoniales, & des bénéfices des Coutumes, *qu'en cas d'exhérédation* : car la loi n'étant faite que pour venger les peres & meres, lorſque les peres & meres veulent bien leur pardonner, la loi leur pardonne auſſi.

Il ne ſuffit pas aux enfans, pour éviter ces peines, d'avoir requis le conſentement de leurs pere & mere, s'ils ne l'ont obtenu, ſauf en deux cas ſur leſquels l'Edit s'exprime en ces termes : » N'entendons comprendre les mariages qui ſeront contractés par les fils excédant l'âge de 30 ans, & les » filles ayant 25 ans paſſés & accomplis; pourvu qu'ils ſe ſoient mis en devoir de requérir l'avis & conſeil de leurſdits pere & mere : ce que voulons auſſi être gardé pour le regard des meres qui ſe remarient, deſquelles ſuffira requérir leur conſeil; & ne ſeront leſdits enfans, audit cas, tenus » d'attendre leur conſentement. »

Enfin l'Edit ajoute d'abondant : » Avons ordonné que leſdits enfans.... & » ceux qui auront traité tels mariages avec eux, & donné conſeil ou aide » pour la conſommation d'iceux, ſoient ſujets à telles peines qu'elles ſeront aviſées, ſelon l'exigence des cas, par nos Juges, *&c.* »

325. Cette Ordonnance d'Henri II a été confirmée par celle d'Henri III, aux Etats de Blois, *article* 41.

En l'article 40 il eſt dit : « Enjoignons aux Curés de s'enquérir de la qualité de ceux qui voudront ſe marier : & s'ils ſont enfans de famille ou » en puiſſance d'autrui, Nous leur défendons de paſſer outre à la célébration » deſdits mariages, s'il ne leur apparoît du conſentement des peres, meres, » tuteurs ou curateurs, ſur peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt.* »

L'Edit de Melun, du même Roi, confirme l'article 40 de l'Ordonnance de Blois, ci-deſſus rapporté.

326. Louis XIII, par ſa Déclaration du 26 Novembre 1639, nous dit que les peines portées par les Odonnances des Rois ſes prédéceſſeurs contre les mariages contractés par des enfans de famille, ſans le conſentement de leurs peres & meres, n'ayant pu les arrêter, il a jugé à propos, pour les réprimer, d'en ajouter de nouvelles. Et en l'article 2, il dit : « Le contenu en

» l'Edit de Blois de l'an 1556, & aux articles 41 . . . de l'Ordonnance de Blois » ſera obſervé ; & y ajoutant..... Avons déclaré & déclarons les veuves, » fils & filles moindres de 25 ans qui auront contracté mariage contre la te- » neur deſdites Ordonnances, privés & déchus par le ſeul fait, enſemble les » enfans qui en naîtront & leurs hoirs, indignes & incapables à jamais des » ſucceſſions de leurs peres, meres & aïeuls, & de toutes autres directes & » collatérales, comme auſſi des droits & avantages qui pourroient leur être » acquis par contrats de mariages & teſtamens, ou par les Coutumes & Loix » de notre Royaume, même du droit de légitime; & les diſpoſitions qui ſe- » ront faites au préjudice de notre Ordonnance, ſoit en faveur des perſonnes » mariées, ſoit par elles au profit des enfans nés de ces mariages, nulles, & » de nul effet & valeur: Voulons que les choſes ainſi données,... demeurent » irrévocablement acquiſes à notre fiſc, ſans que nous en puiſſions diſpoſer » qu'en faveur des Hôpitaux, ou autres œuvres pies, *&c.* «

Quoique ces loix que nous venons de rapporter, en condamnant les mariages contractés par les enfans de famille ſans le conſentement de leurs pere & mere, paroiſſent ſe borner à infliger des peines aux enfans qui les contractent & à ceux qui y ont part, & qu'aucune n'ait déclaré en termes formels & précis, que les mariages des mineurs, contractés ſans le conſentement de leurs pere & mere, ſont nuls; néanmoins ſi on conſidere attentivement l'eſprit de ces loix, on découvrira facilement qu'elles réputent nuls & non-valablement contractés tous les mariages des mineurs, contractés ſans le conſentement de leurs pere & mere.

L'article 40 de l'Ordonnance de Blois, ci-deſſus rapporté, en défendant aux Curés de paſſer outre à la célébration du mariage de ceux qui ſont enfans de famille ou en puiſſance d'autrui, s'il ne leur apparoît du conſentement des pere & mere, tuteurs ou curateurs, ſur peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt*, le donne aſſez à entendre, puiſque l'Ordonnance veut que les Curés ſoient en ce cas pourſuivis comme *fauteurs du crime de rapt*, pour cela ſeul qu'ils ont marié un mineur ſans le conſentement de ſes pere ou mere: elle ſuppoſe donc qu'un mariage de mineur doit paſſer pour entaché du vice de ſéduction, pour cela ſeul qu'il eſt contracté ſans le conſentement de ſes pere & mere, n'y ayant qu'une grande ſéduction qui puiſſe porter un mineur à manquer à ce devoir. Mais ſi le mariage d'un mineur, pour cela ſeul qu'il eſt contracté ſans le conſentement de ſes pere & mere, eſt réputé entaché du vice de ſéduction, c'eſt une conſéquence néceſſaire qu'il eſt pour cela ſeul réputé nul & non-valablement contracté, la ſéduction étant contraire à la liberté du conſentement, qui eſt de l'eſſence du mariage, & étant un empêchement dirimant de mariage, *ſuprà*, *n.* 225 *&* 228.

Cette préſomption du vice de ſéduction dans le mariage des mineurs, que l'Ordonnance fait réſulter du défaut de conſentement des pere & mere, eſt du nombre des préſomptions qu'on appelle en Droit *præſumptiones juris*, qui ſont équipollentes à une preuve parfaite, & qui diſpenſent d'en apporter d'autres.

On peut bien avoir beſoin d'autres preuves, pour faire déclarer coupable de ſéduction la perſonne que le mineur a épouſée ſans le conſentement de

ſes pere & mere, & pour infliger des peines à cette perſonne ; mais on n'en a pas beſoin pour déclarer nul le mariage. C'eſt pourquoi, comme l'obſerve M. d'Agueſſeau dans ſon plaidoyer qui ſera ci-deſſous cité, on trouve pluſieurs Arrêts qui ont déclaré un mariage nul, en mettant hors de Cour ſur l'extraordinaire contre la perſonne que le mineur avoit épouſée, & par qui on le prétendoit avoir été ſuborné.

La raiſon eſt, que pour que le mariage d'un mineur, contracté ſans le conſentement de ſes pere & mere, ſoit réputé entaché du vice de ſéduction, & en conſéquence nul, il ſuffit qu'il y ait eu une ſéduction, qui eſt toujours préſumée : mais il n'eſt pas néceſſaire que ce ſoit la perſonne que le mineur a épouſée, qui en ſoit coupable. Il n'importe de quelle part la ſéduction ſoit venue ; quand même, ce qui arrive ſouvent, elle auroit été réciproque, le mariage n'en ſeroit pas moins cenſé entaché du vice de ſéduction, & en conſéquence nul : car une ſéduction, pour être réciproque, n'en eſt pas moins contraire à la liberté du conſentement, qui eſt de l'eſſence du mariage.

La ſéduction en ce cas n'eſt conſidérée que dans la choſe même : on ne conſidere pas de la part de qui elle vient ; quand même ce ſeroit le mineur qui s'eſt marié ſans le conſentement de ſes pere & mere, qui ſe ſeroit ſéduit lui-même par ſa paſſion. Quand même celle qu'il a épouſée n'y auroit contribué que par le malheur qu'elle a eu de lui plaire, la ſéduction ne laiſſeroit pas d'être en ce cas préſumée, & le mariage en conſéquence, réputé nul, comme l'obſerva M. d'Agueſſeau.

Ce que l'Odonnance de Blois, *art.* 40, a ordonné pour la publication des bans de mariage, & pour la maniere d'en obtenir diſpenſe, ſi on fait attention aux motifs qu'elle a eu pour faire ces diſpoſitions, ſert auſſi à convaincre que l'eſprit de cette Ordonnance a été d'annuller les mariages des mineurs faits ſans le conſentement de leurs pere & mere.

Cet article que nous avons rapporté *ſuprà*, *n.* 69, *part.* 2, dit : *Pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandeſtins*, avons ordonné que nos ſujets *ne pourront valablement contracter mariage ſans proclamations précédentes de Bans.* Si on examine quel a été le principal motif qui a porté l'Ordonnance à preſcrire cette formalité de la publication des bans, on s'appercevra facilement que ſon principal objet, en preſcrivant cette formalité & en la preſcrivant à peine de nullité des mariages, a été d'empêcher les mineurs de ſe marier à l'inſçu de leurs pere & mere, & ſans leur conſentement. En effet, le défaut de publication de bans, paſſe pour être de nulle conſidération dans les mariages des majeurs : même à l'égard du mariage des mineurs, le défaut de publication de bans n'y eſt pas conſidéré, lorſque les pere & mere du mineur ne ſe plaignent pas du mariage, & qu'il a été fait de leur conſentement. Il eſt donc évident que l'Ordonnance de Blois, en preſcrivant la formalité de la publication des bans, à peine de nullité des mariages, n'a pu avoir d'autre vue principale que celle d'empêcher les mineurs de pouvoir valablement contracter mariage ſans le conſentement de leurs pere & mere. Cela ſuppoſé, l'Ordonnance de Blois, en déclarant nuls & non-valablement contractés les mariages, lorſqu'on auroit manqué d'obſerver une formalité

principalement établie pour empêcher les mineurs de ſe marier à l'inſçu & ſan le conſentemenr de leurs pere & mere, ne fait-elle pas ſuffiſamment connoître que ſon eſprit eſt que les mariages des mineurs, contractés ſans le conſentement de leurs pere & mere, ne puiſſent ſubſiſter, & qu'ils ſoient réputés non-valablement contractés? Pourroit-on penſer, ſans abſurdité, que l'Ordonnance eût pu avoir plus d'indulgence pour le mal même qu'elle a voulu prévenir & empêcher, que pour l'inobſervation d'une formalité qu'elle n'a établie que pour le prévenir & l'empêcher?

Pour ſe convaincre encore plus que l'eſprit de nos loix eſt de regarder comme nuls les mariages des mineurs contractés ſans le conſentement de leurs pere & mere, on peut tirer argument de la ſeconde diſpoſition de l'article 40 de l'Ordonnance de Blois, rapportée *ſuprà*, *n.* 78, qui porte que la diſpenſe de quelqu'une des proclamations de bans, ne pourra être accordée que du conſentement des principaux parens des parties contractantes, & par conſéquent de leurs pere & mere; & de la diſpoſition de la Déclaration du 28 Septembre 1639, rapportée *ſuprà*, *n.* 76, qui exige le conſentement des pere & mere, tuteurs & curateurs, pour la proclamation des bans des mineurs. Si ces loix requiérent le conſentement des pere & mere des mineurs, pour que leurs bans ſoient valablement publiés; ſi elles les requierent pour les diſpenſes des bans, pour qu'elles ſoient valablement obtenues, n'eſt-il pas évident que l'eſprit de ces loix eſt de requérir, à plus forte raiſon, ce conſentement des pere & mere au mariage des mineurs, pour qu'il ſoit valablement contracté? le mariage étant quelque choſe de plus important que les proclamations de bans & les diſpenſes; & ce conſentement n'étant requis pour les proclamations des bans & pour les diſpenſes, que pour parvenir à la fin que les mineurs ne puiſſent valablement contracter mariage ſans le conſentement de leurs pere & mere.

Nous avons puiſé tout ce que nous venons de dire ſur la néceſſité du conſentement des pere & mere pour la validité du mariage des mineures, dans le Plaidoyer de Monſieur d'Agueſſeau, dans la cauſe de Melchior Fleuri, contre la Demoiſelle de Rezac, qui ſe trouve au troiſieme volume de ſes Ouvrages, & qui eſt le trentieme de ſes Plaidoyers. Il faut le lire en entier; les Plaidoyers de ce grand Magiſtrat ſont faits avec une préciſion ſi admirable, qu'il n'y a pas un mot à en retrancher, & qu'on ne peut les extraire ſans les énerver.

Toutes les loix que nous avons rapportées, qui concernent le mariage des mineurs de vingt-cinq ans, ont lieu, même dans les Coutumes qui permettent aux enfans de ſe marier après l'âge de vingt ans ſans le conſentement des peres. La Déclaration du 26 Novembre 1639 y déroge expreſſément. Elles ont lieu même à l'égard de ceux qui, dans certaines provinces du Royaume, ſont réputés majeurs à vingt ans. Cette majorité coutumiere que la loi de leur pays leur accorde, n'a aucun effet en matiere de mariage, & elle n'empêche pas que le mariage que ces mineurs de vingt-cinq ans, majeurs de majorité coutumiere, auroient contracté ſans le conſentement de leurs pere & mere, ne doive être déclaré non-valablement contracté. Baſnage, ſur la Coutume de Normandie, en fait une maxime, qu'il autoriſe d'un Arrêt du 28 Janvier 1659, lequel, ſur l'appel comme d'abus qu'une mere avoit interjetté du

mariage que ſon fils, majeur de majorité coutumiere, mais mineur de 25 ans, avoit contracté ſans ſon conſentement, déclara le mariage nul. Il y a un autre Arrêt du 18 Mars 1651, rapporté par Soefve, qui a jugé la même choſe.

327. Quand même le mineur François auroit contracté ſon mariage ſans le conſentement de ſon pere ou de ſa mere hors le Royaume, & dans un lieu dont les loix ne regardent pas ces mariages comme nuls, il ne laiſſeroit pas d'être déclaré nul & abuſif, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 229.

328. L'éloignement du lieu où demeure le pere ou la mere, lorſque ce lieu eſt connu, ne diſpenſe pas l'enfant d'obtenir ce conſentement. L'approbation donnée au mariage par les plus proches parens convoqués à cet effet devant le Juge, ne ſupplée pas à ce conſentement, & ne purge pas la préſomption du vice de ſéduction qui réſulte du défaut de ce conſentement. C'eſt ce qui a été jugé il y a environ une trentaine d'années, à l'égard du mariage d'une Demoiſelle de notre ville d'Orléans. Le mariage de cette Demoiſelle mineure avoit été célébré à Orleans ſans le conſentement de ſa mere, qui demeuroit dans l'iſle de Saint-Domingue. Le Prévôt d'Orléans avoit homologué l'avis des parens, qui avoient tous approuvé le mariage, & avoient tous en conſéquence permis la célébration. Sur l'appel comme d'abus interjetté par la mere, dont on n'avoit pas obtenu le conſentement, le mariage a été déclaré nul & abuſif, & il a été fait défenſe au Prévôt d'Orléans d'homologuer pareils avis.

329. Il n'en eſt pas de même, lorſque le pere ou la mere du mineur eſt abſent de longue abſence, & qu'on ne ſçait où il eſt. Le mineur ne devant pas en ce cas être tenu à l'impoſſible, il peut, après information faite de ſon abſence, être diſpenſé d'obtenir ſon conſentement, qui doit en ce cas être ſuppléé par celui du tuteur & de la famille.

330. Par la Déclaration du Roi du 6 Août 1686, les enfans ſont auſſi diſpenſés d'avoir pour leur mariage le conſentement de leurs pere ou mere, qui ſe ſeront retirés dant les pays étrangers pour cauſe de religion, ou pour quelqu'autre cauſe : mais le mineur doit en ce cas ſuppléer à ce conſentement par celui de ſon tuteur, & par un avis de ſix des plus proches parens & alliés ; ou à défaut de parens, d'amis ou voiſins aſſemblés devant le Juge Royal ; & s'il n'y a point de Juge Royal, devant le Juge ordinaire des lieux. La Déclaration du 24 Mai 1724, article 16, dit la même choſe, & ajoute : « En cas qu'il n'y ait que le pere ou la mere deſdits enfans mineurs, qui ſoit ſorti du Royaume, il ſuffira d'aſſembler trois parens ou alliés » du côté de celui qui ſera ſorti du Royaume ; ou à leur défaut, trois voiſins ou amis, leſquels, avec le pere ou la mere qui ſe trouvera toujours » préſent, & le tuteur ou curateur, s'il y en a autre que le pere ou la mere, » donneront leur conſentement, s'il y échoit, au mariage propoſé. «

331. A plus forte raiſon le conſentement du pere ou de la mere n'eſt pas néceſſaire, lorſqu'ils ont perdu l'état civil, ſoit par la profeſſion religieuſe, ſoit par une condamnation à une peine capitale : car la mort civile leur fait perdre tous les droits de famille & de puiſſance paternelle, & les fait réputer comme n'exiſtant plus dans la ſociété civile.

Cela doit avoir lieu, quoique lors du mariage du mineur, contracté ſans

le conſentement de ſon pere condamné par contumace à une peine capitale ; le pere fût dans les cinq ans, & qu'il ait depuis purgé la contumace, & ait été abſous ; quoique l'etat civil du pere fût alors plutôt ſuſpendu qu'entiérement perdu, & que même par l'effet rétroactif du jugement d'abſolution, il ſoit réputé ne l'avoir jamais perdu. Il ſuffit que lors du mariage, le pere dans le fait ne jouît pas de ſon état civil, qu'il fût réputé être en fuite, pour que le mineur ait été alors en droit de s'en paſſer, & de le faire ſuppléer par celui de ſon tuteur & de ſa famille.

On peut, pour notre déciſion, tirer argument de ce qui eſt décidé en la Loi 12, §. 15, ff. *de capt. & poſtlim. rev.* que le mariage qu'un fils de famille a contracté ſans le conſentement de ſon pere, pendant que ſon pere étoit captif, étoit valable, quoique depuis, le pere, par ſon retour, ait *jure poſtliminii* récouvré tous ſes droits, & ſoit réputé ne les avoir jamais perdus.

Tout ce que nous venons de décider, concerne le for extérieur. Les enfans, ſoit majeurs, ſoit mineurs, ne doivent, dans le for de la conſcience, ſe marier ſans en demander l'agrément à leurs pere ou mere qui ont perdu l'état civil, lorſqu'ils ſont à portée de le leur demander : car la mort civile des peres & meres, ne diſpenſe pas les enfans des devoirs naturels dont ils ſont tenus envers eux ; *Civilis ratio naturalia jura corrumpere non poteſt.*

332. Il reſte la queſtion de ſçavoir, dans le cas auquel un mineur ayant requis le conſentement de ſon pere ou de ſa mere, pour un mariage qu'il prétend lui être très-avantageux, le pere ou la mere refuſent de le donner, & n'alléguent aucune raiſon de leur refus, ou n'en alléguent que de mauvaiſes ; ſi le mineur peut, ſur un avis de parens, être diſpenſé par le Juge de ce conſentement, & autoriſé à paſſer à la célébration du mariage. Je penſe qu'ordinairement le Juge ne doit pas diſpenſer le mineur de ce conſentement, & que le mineur doit en ce cas attendre le temps de ſa majorité. On doit préſumer de la piété paternelle, que ſi le pere ou la mere refuſent leur conſentement, c'eſt qu'ils ont pour cela de bonnes raiſons, qu'ils ne jugent pas à propos de dire.

Il paroît néanmoins y avoir des cas auxquels l'avantage du mariage pour lequel le pere & la mere refuſent leur conſentement, ſeroit ſi grand & ſi évident, & l'injuſtice du refus ſi évidente, qu'ils pourroient diſpenſer le mineur de leur conſentement, ſur un avis de parens. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 17 Juillet 1722, rapporté au ſeptieme tome du Journal, par lequel un mineur, ſur un avis de parens, a été autoriſé à contracter un mariage avantageux auquel la mere refuſoit de conſentir. Cela pourroit ſouffrir plus de difficulté à l'égard du pere.

Soefve, *tom.* 2, *cent.* 2, *chap.* 93, en rapporte un qui a permis à une jeune Demoiſelle mineure, qui n'avoit ni pere ni mere, de paſſer outre au mariage avec un jeune Gentilhomme, nonobſtant l'oppoſition formée par ſon aïeul maternel ; attendu que ce mariage étoit louable ; qu'il ſe faiſoit du conſentement de la plus grande partie de la famille ; que cet aïeul y avoit donné lui-même auparavant ſon conſentement, qu'il ne révoquoit que ſur le prétexte d'une accuſation d'un crime capital, intentée par des tiers contre l'accordé, dont il avoit été renvoyé abſous.

Quoiqu'un garçon doive avoir trente ans, pour qu'il puiſſe ſe marier ſans le conſentement de ſes pere & mere, après l'avoir requis, ſans encourir la peine d'exhérédation, nous trouvons un Arrêt du 7 Septembre 1684, au quatrieme tome du Journal des Audiences, qui a permis à un jeune homme âgé de 27 ans, de contracter un mariage agréé de ſa mere & de ſes parens, contre la volonté de ſon pere.

333. Lorſqu'un mineur n'a ni pere ni mere, il doit faire intervenir pour ſon mariage le conſentement de ſon tuteur ou curateur. Le Curé ne doit pas le marier, ſans que le mineur lui ait fait apparoir de ce conſentement: & lorſque dans le fait il l'a marié, le mariage eſt préſumé de droit entaché du vice de ſéduction; & ſur l'appel du tuteur ou curateur, il doit être déclaré nul & abuſivement contracté.

Ce qui ne doit s'entendre que des curateurs qui ont le mineur ſous leur puiſſance, & non d'un ſimple curateur aux cauſes, créé à un mineur émancipé. Un tel curateur n'a pas de qualité pour empêcher le mariage du mineur, comme l'a obſervé M. Bignon dans ſon Plaidoyer, dont l'extrait eſt rapporté par Soefve, *tom.* 2, *cent.* 2, *chap.* 72.

334. Lorſqu'un mineur a un tuteur honoraire & un tuteur onéraire, c'eſt le tuteur honoraire qui doit conſentir au mariage; car c'eſt lui qui a le gouvernement de la perſonne du mineur : le tuteur onéraire n'eſt créé que pour l'adminiſtration de ſes biens.

Obſervez que lorſqu'un mineur a un tuteur en France, & un autre tuteur dans les Colonies, c'eſt le tuteur du lieu où le pere du mineur avoit ſon domicile lors de ſon décès, qui doit donner ſon conſentement par écrit au mariage du mineur, ſur un avis de parens aſſemblés devant le Juge qui l'a nommé; Déclaration du 15 Décembre 1721, *art.* 5. Ce Juge peut quelquefois, pour de grandes conſidérations, avant que d'homologuer l'avis des parens par lui reçu, ordonner que le tuteur de l'autre lieu ſera entendu pardevant le Juge qui l'a nommé, enſemble les parens qui ſont audit lieu, ſur le mariage propoſé, pour, leur avis rapporté, être ordonné ce qu'il appartiendra.

La Déclaration du Roi du premier Février 1743, *ibidem*, *art.* 12, porte la même choſe.

335. Le conſentement des tuteurs & curateurs n'eſt néceſſaire que lorſque le mineur n'a ni pere ni mere. Lorſque, ſur le refus d'un pere ou d'une mere d'avoir la tutele de ſes enfans, on leur a créé un tuteur, le pere & la mere ne laiſſent pas d'avoir en ce cas le gouvernement des perſonnes de leurs enfans : le tuteur qu'on leur a créé, eſt créé pour adminiſtrer leurs biens; & par conſéquent c'eſt au pere ou à la mere, plutôt qu'à ce tuteur, à qui il appartient de donner ſon conſentement au mariage de leurs enfans.

336. Il y a quelques différences entre le conſentement que doivent donner les pere & mere au mariage de leurs enfans, & celui que doivent donner les tuteurs & curateurs des mineurs qui n'ont ni pere ni mere.

1°. Les pere & mere n'ont pas beſoin, pour donner leur conſentement au mariage de leur enfant mineur, de prendre l'avis des autres parens : au contraire, le tuteur ne doit donner ſon conſentement au mariage de ſon mi-

neur , qu'après avoir pris l'avis des plus proches parens, tant paternels que maternels du mineur, qu'il doit pour cet effet convoquer devant le Juge; *Ordonnance de Blois , art.* 43.

2°. Le conſentement que les tuteurs & curateurs refuſent de donner au mariage de leurs mineurs, peut être bien plus facilement ſuppléé que celui des peres & meres. Le Juge, ſur le refus du tuteur de donner ſon conſentement au mariage, permet au mineur de faire aſſembler devant lui ſes plus proches parens; & après les avoir entendus, & fait rédiger les avis de chacun des parens convoqués, & les raiſons ſur leſquelles ils le fondent, il renvoie les parties à l'Audience, pour juger ſi on doit permettre au mineur de paſſer à la célébration du mariage.

Enfin, & c'eſt la principale différence entre le conſentement des pere & mere, & celui des tuteurs, le défaut de conſentement des pere & mere, par cela ſeul que les enfans mineurs ont mépriſé ce conſentement, rend le mariage nul, & le fait préſumer entaché du vice de ſéduction, n'y ayant qu'une grande ſéduction qui puiſſe porter un fils à ſe ſouſtraire à ce qu'il doit à cet égard à ſes pere & mere. Au contraire, le défaut de conſentement des tuteurs, ne rend le mariage nul & préſumé entaché du vice de ſéduction, que lorſqu'il paroît de la ſurpriſe, & que le mariage eſt déſavantageux au mineur, par une inégalité de condition ou de biens. Cette différence entre les pere & mere à cet égard, & les tuteurs, eſt obſervée dans l'extrait d'un Plaidoyer de M. Talon, au *Tome* 2 *du Journal des Audiences , liv.* 4 , *ch.* 47.

## §. II.

### *Du conſentement des Pere & Mere au mariage de leurs enfans majeurs.*

337. Les enfans majeurs, auſſi-bien que les enfans mineurs, ſont obligés de requérir le conſentement de leurs pere & mere à leur mariage.

Mais il y a deux grandes différences à l'égard de ce conſentement, entre les enfans majeurs & les mineurs.

La premiere eſt, que ſi les majeurs ont été mariés ſans avoir requis dans les formes juridiques le conſentement de leur pere ou mere, le mariage n'eſt point pour cela préſumé entaché du vice de ſéduction, comme l'eſt celui des mineurs; & il ne peut en conſéquence être attaqué par leur pere ou mere, dont ils ont négligé de requérir le conſentement : ils ſont ſeulement ſujets en ce cas à la peine de l'exhérédation, pour avoir manqué à leur devoir.

Augeard rapporte un Arrêt du 2 Septembre 1687, ſur les concluſions de M. de Lamoignon, qui a confirmé le mariage d'un Avocat, contracté en majorité avec une ſervante, ſans avoir égard à l'appel comme d'abus interjetté par la mere, à l'inſçu de laquelle il avoit été contracté.

La Déclaration de 1639 déclare expreſſément les fils, quoique majeurs de trente ans, & les filles, quoique majeures de vingt-cinq ans, ſujets à la peine de l'exhérédation, lorſqu'ils ſe ſont mariés ſans avoir requis par écrit le conſentement de leurs pere & mere.

L'Edit

L'Edit du mois de Mars 1697, y ſoumet même les veuves majeures de vingt-cinq ans, auſſi-bien que les autres enfans. Il dit, que c'eſt *en ajoutant* à l'Edit de 1556, & à l'article II de la Déclaration de 1639, parce que l'Edit de 1556 n'avoit point parlé du tout des veuves; & que l'article II de la Déclaration de 1639, avoit bien, dans la premiere partie de cet article qui concerne les mineurs, compris expreſſément les veuves mineures; mais que dans la ſeconde, qui concerne les majeurs, il n'avoit pas parlé des veuves.

Lorſque leſdits enfans, quoique majeurs de vingt-cinq ou de trente ans, & même les veuves majeures de 25 ans, non-ſeulement n'ont pas requis le conſentement de leur pere ou mere, mais encore ont affecté, par une clandeſtinité, de leur en dérober la connoiſſance, l'Edit de 1697 augmente la peine, en ordonnant que ſi leſdites veuves, fils ou filles majeurs, demeurans actuellement avec leur pere & mere, contractent à leur inſçu des mariages, comme habitans d'une autre Paroiſſe, ſous prétexte de quelque logement qu'ils y ont pris peu de temps auparavant leur mariage, ils ſoient par le ſeul fait, enſemble les enfans qui naîtront de leur mariage, privés des ſucceſſions de leurs pere, mere, aïeuls & aïeules, & de tous autres avantages, même du droit de légitime. Leur mariage, outre cela, peut être déclaré nul pour le défaut de préſence du propre Curé, comme nous le verrons *infrà*.

338. La ſeconde différence eſt, qu'il ne ſuffit pas aux mineurs de requérir le conſentement de leurs pere & mere à leur mariage; il faut qu'ils l'obtiennent, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

Au contraire, auſſi-tôt qu'une fille eſt majeure de 25 ans, & auſſi-tôt qu'un garçon eſt majeur de trente ans, ils ſatisfont (au moins pour le for extérieur) à tout ce qu'ils doivent à leurs pere & mere, en requérant d'eux, dans la forme légitime, leur conſentement. Lorſqu'ils l'ont ainſi requis, quoiqu'ils ne l'aient pas obtenu, ils ne ſont pas ſujets à la peine de l'exhérédation.

Néanmoins, ſi le mariage étoit tout-à-fait honteux & déshonorant; comme ſi un fils majeur de trente ans, d'une condition honnête, avoit demandé à ſon pere ſon conſentement pour épouſer une Comédienne, ou une femme qui auroit été repriſe de Juſtice; ſi une fille l'avoit demandé pour épouſer ſon laquais, la réquiſition faite au pere de ſon conſentement, ne devroit pas ſouſtraire l'enfant à la peine de l'exhérédation; car, bien-loin que l'enfant ſatisfaſſe en ce cas en partie au reſpect qu'il doit à ſon pere, en lui demandant ſon conſentement, la réquiſition du conſentement de ſon pere pour un tel mariage, eſt une inſulte qui augmente l'outrage qu'il lui fait par ce mariage, bien-loin de le diminuer.

339. Les différences que nous avons obſervées entre les enfans majeurs qui ſe marient ſans le conſentement de leurs pere & mere, & les mineurs, n'ont pas lieu lorſque le mariage de l'enfant, quoiqu'il n'ait été contracté qu'en majorité, eſt une ſuite de la ſéduction en minorité. C'eſt pourquoi, ſi un fils a contracté mariage *cum turpi perſonâ*, quoiqu'il l'ait contracté en majorité; ſi dès ſa minorité il avoit vécu dans le déſordre avec cette fille, ſon mariage étant en ce cas une ſuite de ſa ſéduction en minorité, pour-

roit être déclaré nul, de même que s'il eût été contracté en minorité, & le rendroit pareillement ſujet à la peine de l'exhérédation. C'eſt une maxime de M. l'Avocat-Général Bignon, rapportée par l'Auteur du Journal des Audiences, *tome* 2, ſur un Arrêt du 2 Juillet 1660.

340. L'Arrêt de Réglement du 27 Août 1692, preſcrit la forme légitime dans laquelle les enfans doivent requérir le conſentement de leurs pere & mere pour leur mariage.

L'enfant doit commencer par préſenter au Juge royal du lieu du domicile de ſes pere & mere, une requête aux fins qu'il lui ſoit permis de faire à ſes pere ou mere des ſommations reſpectueuſes, de lui donner leur conſentement au mariage qu'il ſe propoſe de contracter avec un tel ou une telle. En conſéquence de la permiſſion que le Juge met au bas de la requête, l'enfant doit ſe tranſporter chez ſes pere ou mere, avec deux Notaires, ou un Notaire & deux témoins; & là les requérir de lui accorder leur conſentement au mariage qu'il ſe propoſe de contracter avec une telle; de laquelle réquiſition, le Notaire dreſſe un acte; c'eſt ce qu'on appelle *ſommation reſpectueuſe.*

Il en doit être fait au moins deux.

341. Lorſqu'un garçon eſt majeur de vingt-cinq ans, mais au-deſſous de l'âge de trente ans, il ne lui ſuffit pas, pour ſe mettre à couvert de la peine de l'exhérédation, de requérir par des ſommations reſpectueuſes, le conſentement de ſes pere ou mere pour ſon mariage, il faut qu'il l'obtienne; faute de quoi, il eſt ſujet à la peine, l'Edit de 1556, *art.* 8, n'ayant excepté de la peine de l'exhérédation, que les fils excédant trente ans; mais ſon mariage ne peut pas être attaqué, & en cela il differe du mineur.

Le pere n'eſt pas même fondé à s'oppoſer au mariage; c'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 12 Février 1718, rapporté au ſeptieme tome du Journal des Audiences, qui donne congé de l'oppoſition formée par un pere au mariage de ſon fils, âgé de vingt-ſix ans. M. Chauvelin, ſur les concluſions duquel l'Arrêt fut rendu, dit, ſuivant que le rapporte le Journaliſte, qu'un majeur, quoiqu'au-deſſous de trente ans, ne pouvoit être empêché de ſe marier ſans le conſentement de ſon pere; qu'il s'expoſoit ſeulement à l'exhérédation. Au reſte, il y a lieu à la peine de l'exhérédation, quand même le mariage fait ſans le conſentement des pere ou mere, ſeroit un mariage ſortable; ſauf qu'en ce cas on tempere l'exhérédation, en adjugeant ſur les biens du défunt une ſomme en uſufruit à l'exhérédé, & la propriété de cette ſomme aux enfans nés & à naître de ce mariage.

## §. III.

### *Si le conſentement des Peres & Meres, Tuteurs & Curateurs, eſt requis pour le mariage des Bâtards.*

342. L'obligation en laquelle ſont les enfans, ſoit d'obtenir, ſoit, lorſqu'ils ont paſſé un certain âge, de requérir au moins le conſentement de leurs pere & mere pour leur mariage, eſt un effet du droit de puiſſance pater-

nelle que les pere & mere ont ſur leurs enfans ; ce droit de puiſſance paternelle étant un des effets civils du mariage, comme nous le verrons *infrà*, *Part. 5*, les pere & mere ne peuvent avoir ce droit que ſur les enfans qui leur ſont nés ou cenſés nés d'un légitime mariage : ils n'ont point ce droit de puiſſance paternelle ſur leurs bâtards ; d'où il ſuit que leurs bâtards ne ſont pas dans l'obligation ni d'obtenir, ni même de requérir leur conſentement. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du premier Février 1662, rapporté au ſecond tome du Journal des Audiences, *liv.* 8, *ch.* 47, par lequel, ſur l'appel comme d'abus interjetté par une mere du mariage de ſon fils bâtard, qui étoit un jeune homme âgé de vingt-trois ans, revêtu d'une charge de Secrétaire du Roi, qui avoit épouſé la fille d'une vendeuſe de chapeaux ſous le petit Châtelet, la Cour mit les parties hors de Cour.

Lorſque les bâtards ſont mineurs, ils ont, comme les autres, beſoin pour ſe marier, du conſentement de leur tuteur ou curateur ; & lorſqu'ils n'en ont point, on doit leur en créer un.

## ARTICLE II.

### *Du conſentement du Roi pour le mariage des Princes.*

343. Suivant un ancien uſage qui s'eſt toujours pratiqué dans le Royaume, les Princes du Sang ne peuvent contracter mariage ſans le conſentement du Roi. On agita beaucoup, dans le dernier ſiecle, ſi le défaut de ce conſentement étoit un empêchement dirimant de mariage. La queſtion fut agitée à l'occaſion du mariage de Gaſton, Duc d'Orléans, que ce Prince avoit contracté avec la Princeſſe Marguerite de Lorraine, ſans le conſentement du Roi. Sur l'appel comme d'abus de ce mariage, interjetté par le Procureur-Général, par Arrêt du mois de Septembre 1634, ſur les concluſions de M. Jerôme Bignon, ce mariage fut, pour le défaut de ce conſentement, déclaré nul. L'Aſſemblée du Clergé de 1635, donna auſſi une Déclaration, inſérée dans le procès-verbal des actes de cette aſſemblée, par laquelle elle reconnut que, ſuivant un ancien uſage du Royaume de France, les Princes du Sang ne pouvoient contracter mariage ſans le conſentement du Roi, & que le défaut de ce conſentement rendoit le mariage nul. Le Prince reconnut la nullité de ſon mariage, par acte du 16 Août 1635 : mais depuis étant rentré en grace, il obtint la permiſſion de le réhabiliter, & il fut de nouveau célébré par l'Archevêque de Paris à Meudon, au mois de Mai 1647.

On avoit conſulté pour cette affaire les Docteurs de Sorbonne, qui pour la plus-part avoient donné leurs avis pour la nullité du mariage. Ceux qui firent difficulté de le donner, ne furent arrêtés que parce qu'ils ne croyoient pas que dans les monumens de l'hiſtoire qui établiſſoient l'obligation des Princes & des Grands du Royaume, d'obtenir le conſentement du Roi pour leurs mariages, il ſe trouvât aucune loi aſſez formelle & aſſez préciſe, pour faire du défaut de ce conſentement, un empêchement dirimant ; mais ils convenoient que le Roi avoit le pouvoir d'en établir un pour l'avenir, s'il jugeoit à propos d'en faire une loi. Tel étoit le ſentiment de M. Hennequin, céle-

bre Profeſſeur de Sorbonne, qui, ſuivant une anecdote que nous rapporte M. Boileau, dans ſon Traité des empêchemens de mariage, ayant été mandé par le Cardinal de Richelieu, pour dire ſon avis ſur ce mariage, répondit: *le mariage eſt bon*; que le Roi faſſe une loi qui faſſe un empêchement dirimant du défaut de ſon conſentement, & de tels mariages ſeront nuls.

Nous n'avons pas cru néceſſaire de rapporter ici les monumens de l'hiſtoire ſur cette matiere; la diſcuſſion en eſt trop longue: ils ſont recueillis dans le Traité de M. Delaunoi, *Regia in matrimonia poteſtas*, où on peut les voir.

## SECTION III.

### *De la célébration du mariage en face d'Egliſe; & de la compétence du Prêtre qui le célebre.*

#### ARTICLE PREMIER.

#### *De la célébration du mariage en face d'Egliſe.*

La célébration du mariage en face d'Egliſe, qui eſt aujourd'hui néceſſaire pour la validité du mariage, eſt une matiere qui a éprouvé pluſieurs changemens.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de l'antiquité de la célébration du mariage en face d'Egliſe, & de la bénédiction nuptiale, & nous examinerons ſi elle étoit abſolument néceſſaire dans les premiers ſiecles pour la validité du mariage. Nous rapporterons dans un ſecond paragraphe, les loix qui dans la ſuite des temps ont requis la bénédiction nuptiale, ou l'intervention du Curé des parties dans les mariages pour leur validité. Nous verrons dans un troiſieme paragraphe, quel étoit dans le douzieme ſiecle & les ſiecles ſuivans, juſqu'au temps du Concile de Trente, le droit qui s'obſervoit à l'égard des mariages qui n'avoient pas été célébrés en face d'Egliſe. Un quatrieme, contiendra ce qui s'eſt paſſé dans le Concile de Trente à l'égard des mariages clandeſtins, c'eſt-à-dire, qui n'étoient pas faits en face d'Egliſe, & dans la forme preſcrite par le Concile. Enfin, un cinquieme paragraphe expoſera ce qui a été ordonné ſur cette matiere par les Ordonnances, Edits & Déclarations de nos Rois.

### §. I.

#### *De l'antiquité de la Bénédiction nuptiale; & de la célébration du mariage dans l'Egliſe; & ſi elles étoient néceſſaires dans les premiers ſiecles pour la validité des mariages.*

344. La célébration du mariage des Chrétiens en face d'Egliſe, & la bénédiction nuptiale que le Prêtre qui célebre le mariage, donne aux perſonnes qui ſe marient, ſont de la plus grande antiquité.

Cette bénédiction nuptiale, comme le remarque S. Iſidore de Séville

*lib.* 2, *de off. Eccleſ. cap.* 19, ſe pratique dans l'Egliſe, à l'imitation de celle que Dieu lui-même donna dans le Paradis Terreſtre au mariage de nos premiers parens: *Quod in ipſâ conjunctione connubii à Sacerdote benedicuntur, hoc eſt à Deo in ipſâ primâ conjunctione hominis factum, ſic enim ſcriptum eſt, fecit Deus..... & benedixit eis, dicens: creſcite, &c..... hâc ergo ſimilitudine fit nunc in Eccleſia, quod tunc factum eſt in paradiſo.*

Nous trouvons des témoignages de cet uſage dans les Ouvrages de Tertulien, qui a vécu dans le ſecond & dans le troiſieme ſiecle: *undè ſufficiemus*, dit-il, *lib.* 2, *ad uxor. cap.* 8, *ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii quod Eccleſia conciliat, confirmat oblatio, obſignat* (1) *benedictio.* Ce mariage, *quod conciliat Eccleſia*, peut-il s'entendre autrement que d'un mariage fait en face d'Egliſe dans l'aſſemblée des fideles, & par le miniſtere de l'Egliſe, c'eſt-à-dire, des Miniſtres de l'Egliſe?

Ces termes, *confirmat oblatio*, nous font auſſi entendre qu'on offroit le ſaint Sacrifice de la Meſſe pour les nouveaux mariés; ce qui fait préſumer que les mariages ſe célébroient les jours de Dimanche, lorſque les fideles étoient aſſemblés pour le ſacrifice de la Meſſe.

Et ces termes, *obſignat benedictio*, ne ſignifient-ils pas bien clairement la bénédiction nuptiale que le Prêtre donnoit aux nouveaux mariés?

Le quatrieme ſiecle nous fournit auſſi pluſieurs monumens de l'uſage de la bénédiction nuptiale. Nous en trouvons un dans la lettre de S. Ambroiſe à Virgile, *n.* 7, où ce Pere, pour détourner les fideles de s'allier par mariage avec des infideles, dit: *Cum ipſum conjugium* VELAMINE SACERDOTALI, ET BENEDICTIONE *ſanctificari oporteat, quomodo poteſt conjugium dici, ubi non eſt fidei concordia.* Cette lettre eſt la dix-neuvieme dans l'édition des Bénédictins.

Nous en trouvons dans le même ſiecle un autre dans une lettre du Pape Syrice, qui monta ſur le S. Siege en l'année 384 ou 385; c'eſt dans ſa lettre à Himere, Evêque de Tarragone. Ce Pape, en faiſant au chapitre 9 de cette lettre, le détail des qualités qu'il faut avoir pour être promu aux ordres, rapporte celles-ci: *Si probabiliter vixerit, unâ tantùm & eâ quam virginem communi per Sacerdotem benedictione perceperit, uxore contentus.*

Le quatrieme Concile de Carthage, qu'on prétend avoir été tenu l'an 398, fournit pour ce ſiecle un troiſieme témoignage. Il eſt dit au canon quinzieme: *Sponſus & ſponſa cùm benedicendi ſunt à Sacerdote, à parentibus ſuis vel paranymphis offerantur, qui quùm benedictionem acceperint, eâdem nocte, pro reverentiâ ipſius benedictionis, in virginitate permaneant.*

Il eſt vrai que les critiques ont ſoupçonné de ſuppoſition les canons de ce prétendu quatrieme Concile de Carthage; mais quand nous abandonnerions ce témoignage, les précédents que nous avons rapportés, contre leſquels on ne peut rien oppoſer, ſont plus que ſuffiſants pour certifier l'uſage dans lequel on étoit dans l'Egliſe au quatrieme ſiecle, de faire intervenir dans les mariages des fideles, la bénédiction nuptiale.

---

(1) Ces mots *obſignat benedictio* ne ſe trouvent pas dans l'édition de *Beatus Rhenanus.*

Au commencement du cinquieme siecle, le Pape Innocent I, dans sa lettre à Victrice, Evêque de Rouen, *art.* 6, fait aussi mention de la bénédiction nuptiale: *Benedictio quæ per Sacerdotem nubentibus imponitur.*

345. Cette bénédiction nuptiale n'étoit néanmoins qu'un pieux usage, & n'étoit pas nécessaire pour le mariage, qui pouvoit sans cela être valablement contracté.

La loi vingt-deuxieme, *Cod. de nuptiis*, qui est de Théodose & Valentinien, ne nous laisse aucun doute à cet égard: *Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam, aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet ob id deesse rectè inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri; inter pares honestate personas nullâ lege impediente consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.*

On ne peut pas dire plus formellement que le seul consentement des parties, justifié par le témoignage de leurs amis devant qui elles l'ont déclaré, suffit pour la validité de leurs mariages, *etsi pompa aliaque nuptiarum celebritas omittatur*: ces termes, *aliaque nuptiarum solemnitas*, désignent manifestement la cérémonie de la célébration du mariage en face d'Eglise, & de la bénédiction nuptiale, dont les Empereurs décident que l'omission n'empêchoit pas alors la validité du mariage.

Observez que la loi dit, *inter pares honestate personas;* car lorsqu'un homme se marioit avec une femme de vile condition, il falloit alors qu'il fût établi par un acte de conventions matrimoniales, qu'il la prenoit pour légitime épouse, plutôt que pour une simple concubine; ce qui fut depuis abrogé par Justinien; L. 27, §. 7, *Cod. de nupt.*

On peut encore tirer argument de la Novelle 74. Justinien au chap. 4 de cette Novelle, commence par dire: *Antiquis promulgatum est legibus, & à nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extra dotalia documenta,* EX SOLO AFFECTU *valeant & ratæ sunt.*

Ces termes, EX SOLO AFFECTU, disent clairement que pour la perfection & la validité du mariage, le seul consentement des parties suffit, & qu'il n'est pas besoin qu'il intervienne aucune autre chose, pas même la cérémonie de la bénédiction nuptiale.

Ensuite Justinien rapporte l'abus des preuves trop légeres qu'on admettoit de ce consentement des parties, par des témoins qui disoient avoir entendu les parties s'appeller par des noms dont les personnes mariées ont coutume de s'appeller: *Introeuntes testes sine periculo mentientes, quia vir vocabat* DOMINAM (1) *cohærentem, & ista illum similiter nominabat, & sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta.*

Cela prouve que les mariages pouvoient se contracter sans les célébrer publiquement à l'Eglise; car si cette célébration eût été nécessaire, on n'auroit pas admis, avant la Novelle, pour preuve du mariage, le seul témoignage des témoins qui diroient avoir entendu les parties se traiter de mari & femme. Ce que Justinien, pour remédier à ces abus, prescrit pour la preuve des mariages, prouve pareillement qu'on pouvoit les contracter valablement

(1) *Hoc nomine uxores à maritis appellari solebant;* L. 19, §. 1, ff. *de ann. leg.*

ſans aller à l'Egliſe, & ſans bénédiction nuptiale. Il ordonne que le mariage légitime des perſonnes d'un rang illuſtre, ne puiſſe ſe prouver que par un acte de conventions matrimoniales. A l'égard des perſonnes d'un rang inférieur, & néanmoins d'une condition honnête, il veut qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales, elles aillent dans quelque Egliſe, *in aliquâ orationis Domo*, y déclarer leur mariage au Défenſeur, qui en doit dreſſer un acte en préſence de témoins. Il excepte de ſa loi les perſonnes de baſſe condition.

De-là on peut tirer cette conſéquence. Juſtinien n'a ordonné par cette Novelle d'aller à l'Egliſe, qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales, & encore ce n'étoit pas pour y recevoir la bénédiction nuptiale, dont il n'eſt pas dit un mot; mais pour y faire dreſſer un acte de leur mariage par le Défenſeur, qui ſouvent étoit un laïque. Donc, quand il y avoit un acte de conventions matrimoniales, il n'étoit pas même en tout néceſſaire d'aller à l'Egliſe. Juſtinien excepte de ſa loi les perſonnes de baſſe condition : donc ces perſonnes pouvoient valablement contracter mariage ſans aucune forme.

Non-ſeulement la bénédiction nuptiale, quoique pratiquée dans l'Egliſe, n'étoit pas néceſſaire pour que le contrat de mariage fût valable comme contrat civil, mais encore elle n'étoit pas plus néceſſaire pour qu'il fût Sacrement. C'eſt ce qui paroît par la réponſe du Pape Nicolas I, à la conſultation des Bulgares, dans le neuvieme ſiecle. Ce Pape en l'article 3, expoſe ainſi les uſages de l'Egliſe Romaine pour la célébration des mariages: *primùm quidem in Eccleſiâ Domini, cum oblationibus quas offerre debent Deo, per Sacerdotis manum ſtatuuntur, ſicque demum benedictionem & velamen celeſte ſuſcipiunt.... poſt hæc de Eccleſiâ egreſſi, coronas in capitibus geſtant, quæ ſemper in Eccleſiâ ipsâ ſunt ſolitæ reſervari.... hæc ſunt jura nuptiarum.....* Enſuite le Pape ajoute : *peccatum autem eſſe ſi hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non diſcimus, quemadmodùm græcos vos adſtruere dicitis, præſertim cùm tanta ſoleat arctare quoſdam rerum inopia ut adhæc præparanda nullum his ſuffragetur auxilium; ac per hoc ſufficiat, ſecundùm leges,* SOLUS EORUM CONSENSUS *de quorum conjunctionibus agitur.*

Ce Pape dit bien clairement que le ſeul conſentement des parties donné ſelon les loix, c'eſt-à-dire, pourvu que les loix permettent le mariage entre ces perſonnes, quoiqu'elles ne ſoient pas allées à l'Egliſe recevoir la bénédiction nuptiale, ſuffit pour la validité du Sacrement de mariage. Il ne peut pas être douteux que c'eſt du mariage conſidéré comme Sacrement, que le Pape entend parler; c'étoit ſur ce qui étoit néceſſaire pour le mariage comme Sacrement, que les Bulgares l'avoient conſulté.

## §. II.

### *Des Loix qui ont requis, pour la validité des mariages, qu'ils fuſſent célébrés en face d'Egliſe.*

346. La bénédiction nuptiale, & la célébration du mariage en face d'Egliſe, qui n'étoient d'abord que de pieux uſages, furent dans la ſuite requis pour la validité des mariages.

Pour remédier aux abus qu'occaſionnoit la clandeſtinité des mariages que pluſieurs perſonnes contractoient ſans aller à l'Egliſe recevoir la bénédiction nuptiale, dans la vue de les tenir ſecrets, nos Rois jugerent à propos d'ordonner que leurs ſujets, lorſqu'ils contracteroient mariage, le contracteroient en face d'Egliſe, où ils recevroient la bénédiction nuptiale; à peine de nullité des mariages qui ſe contracteroient ſans y obſerver cette formalité. C'eſt ce que nous trouvons établi dans le Recueil des Capitulaires de Charlemagne & de ſes ſucceſſeurs, fait par Benedictus Levita. Il eſt dit au livre ſixieme, *art.* 130 : *Nec ſine benedictione Sacerdotis qui antè innupti erant, nubere audeant.*

La bénédiction nuptiale ne ſe donnoit qu'aux premiers mariages. C'eſt pour cela que le Capitulaire dit, *qui antè innupti erant.* Mais quoiqu'il n'intervînt pas de bénédiction nuptiale dans les ſeconds & ultérieurs mariages, les parties n'étoient pas moins obligées d'y faire intervenir le Curé, pour donner au nom de l'Egliſe publiquement & en préſence du peuple, ſon approbation à leur mariage. C'eſt ce que nous apprend le Capitulaire 408, où il eſt dit : *Ne Chriſtiani ex propinquitate ſui ſanguinis connubia ducant, nec ſine benedictione Sacerdotis cum virginibus nubere audeant, neque viduas abſque ſuorum Sacerdotum conſenſu & conniventiâ plebis ducere præſumant.*

Ces Capitulaires comprenant dans une même défenſe les mariages entre parens, & ceux qui ſe contractent ſans bénédiction nuptiale, ou au moins ſans l'intervention du Curé, il s'enſuit que cette défenſe étoit faite à peine de nullité.

Le Capitulaire 463 du livre ſeptieme, s'en explique formellement, en rapportant expreſſément la bénédiction nuptiale parmi les choſes néceſſaires pour la légitimité du mariage d'une fille : *Aliter legitimum, ut à patribus accepimus..... non fit conjugium, niſi..... ( uxor ) ſuo tempore ſacerdotaliter, ut mos eſt, cum precibus & oblationibus à Sacerdote benedicatur, &c.*

Tout ceci avoit été ainſi ordonné, comme nous l'avons déja dit, pour empêcher la clandeſtinité des mariages : c'eſt ce que nous apprend le Capitulaire 179 du livre ſeptieme, où il eſt dit : *Sancitum eſt ut publicè nuptiæ ab his qui nubere cupiunt, fiant, quia ſæpè in nuptiis clàm factis gravia peccata..... & hæc ne deinceps fiat, omnibus cavendum eſt ; ſed prius conveniendus eſt Sacerdos in cujus parochiâ nuptiæ fieri debent, in Eccleſiâ coràm populo, & ibi inquirere unà cum populo ipſe Sacerdos debet, ſi ejus propinqua ſit, an non....., poſtquam iſta omnia probata fuerint, & nihil impedierit, tunc, ſi virgo fuerit cum benedictione Sacerdotis, ſicut in Sacramentario continetur, & cum conſilio multorum bonorum hominum, publicè & non occultè ducenda eſt uxor.*

Ce Capitulaire ſe trouve auſſi dans le Recueil d'Iſaac, Evêque de Langres, *tit.* 5, *art.* 6.

Dans le quatrieme ſupplément des Capitulaires de Charlemagne, qui eſt un Recueil de quelques canons & de quelques loix de Princes ſéculiers, que Charlemagne déclare vouloir être inſérés dans ſes Capitulaires, & avoir force de loi, le ſecond article tiré des loix des Viſigoths, prononce une amende de cent ſols, ou à défaut d'argent, une peine de cent coups de fouet contre les Chrétiens qui contracteront mariage ſans bénédiction nuptiale.

Le

Le Concile de Trosli, tenu l'an 909, sous Charles le Simple, *can.* 7, dit : *Decernimus & nos secundùm constitutionem antiquam ut nullus occultas nuptias, &c. ..... sed dotatam & à parentibus traditam, per benedictionem Sacerdotum accipiat, qui vult uxorem, sicut in libro superiori dicto, cap.* 179, *monetur his verbis : sanctum, &c.*

Le Concile rapporte tout de suite les propres termes de ce Capitulaire, que nous avons ci-dessus rapportés.

## §. III.

### *Du droit qui s'observoit dans le douzieme siecle & les suivans, jusqu'au temps du Concile de Trente, à l'égard des mariages clandestins, c'est-à-dire, qui n'étoient pas célébrés en face d'Eglise.*

347. Les loix que nous avons rapportées au paragraphe précédent, tomberent par la suite en désuétude : on ne regarda plus la bénédiction nuptiale & la célébration du mariage en face d'Eglise, comme nécessaires absolument pour la validité du mariage : il étoit censé valablement contracté par cela seul que les parties s'étoient réciproquement promises de se prendre pour mari & femme. C'est ce qu'on appelloit *Sponsalia de præsenti.*

Alexandre III, dans le douzieme siecle, n'exigeoit pas autre chose pour la validité d'un mariage, dans sa Décrétale qui est au chap. 9, *Ext. de sponsal. & matrim. ex parte C. mulieris*, dit ce Pape, *nobis intimatum est quod Andræas juramentum præstitit quod eam ab eo tempore pro conjuge teneret, & ei sicut uxori suæ fidem servaret, ipsa quoque eidem Andræe juravit se illum pro marito habiturum..... quo facto* ( il n'est fait mention d'aucune célébration de mariage en face d'Eglise, ) *prænominatus Andræas reliquit eamdem..... mandamus quatenus eumdem ut super inducta dimissa, ad uxorem suam redeat..... cognatis.*

Il y a dans l'ancienne collection, au tit. *de Sponsa duor. cap.* 8, une Décrétale du même Pape, adressée à l'Evêque de Norwick, qui est encore plus formelle. Il y est dit : *Ex tuis litteris intelleximus virum quemdam & mulierem sese invicem recepisse nullo Sacerdote præsente, nec adhibitâ solemnitate quam solet Anglicana Ecclesia exhibere, & aliam prædictam mulierem ante carnalem commixtionem solemniter duxisse & cognovisse ; tuæ prudentiæ duximus respondendum quod, si prius vir & mulier ipsa, de præsenti se receperint, dicendo unus alteri, ego te recipio in meam, & ego te recipio in meum ; etiamsi non intervenerit illa solemnitas, nec vir mulierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo debet restitui, cùm nec potuerit nec debuerit post talem consensum alii nubere.*

Le même Pape, au chap. 2, *Ext. de clandest. desponsat.* dit, que lorsque des mariages ont été contractés avec tant de clandestinité, qu'il n'y en ait aucune preuve, l'Eglise n'a pas de moyens pour contraindre les parties qui en disconviennent, à tenir leur foi ; mais lorsque les parties déclarent ces mariages, l'Eglise, à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelqu'empêchement, doit les reconnoître comme aussi valables que s'ils avoient d'abord été contractés en face d'Eglise : *Verùm si personæ contrahentium hæc voluerint publicare,*

*nisi rationabilis causa præpediat, ab Ecclesia recipienda, & comprobanda tanquam si ab initio in Ecclesiæ conspectu celebrata.*

Il résulte pareillement de la Décrétale du même Pape Alexandre III, qui est au chap. *illud* 11, *Ext de præsumpt.* & de celle d'Innocent III, qui est au chap. 6, *Ext. de eo qui cogn. consang. &c.* que ces Papes regardoient les mariages contractés seulement *per verba de præsenti*, comme de vrais mariages.

Le même Pape Innocent III, dans le Concile de Latran, ayant défendu les mariages clandestins, c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas contractés en face d'Eglise, & ayant ordonné que même ceux qui se célébreroient en face d'Eglise, seroient précédés de trois bans de mariage, ne déclare pas néanmoins nuls les mariages clandestins, lorsque les parties sont d'ailleurs capables de contracter mariage ensemble; & il se contente d'ordonner qu'on imposera en ce cas une pénitence à ceux qui les contracteront: *His qui taliter præsumpserint etiam in gradu concesso copulari, condigna pœnitentia injungatur; cap. fin. Ext. de clandest. desponsi.*

Les mariages clandestins, c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas contractés en face d'Eglise, mais secrétement, *per sponsalia de præsenti*, continuerent toujours depuis à être regardés comme valables. Ils étoient encore regardés comme tels au temps du Concile de Trente; & ce Concile va même jusqu'à frapper d'anathème ceux qui nieroient que ces mariages fussent de vrais mariages, tant que l'Eglise n'a pas encore jugé à propos de les déclarer nuls, quoiqu'elle les ait toujours détestés: *Tametsi dubitandum non est*, dit le Concile, *clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata esse & vera matrimonia, quamdiù Ecclesia ea irrita non fecit, & proinde jure damnandi sunt illi, ut eos S. Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant.*

Par ces termes, *rata esse & vera*, le Concile déclare que ces mariages étoient non-seulement de vrais mariages, en tant que contrats civils, mais même qu'ils étoient Sacremens; c'est ce que signifie ce terme RATA dans le langage des Canonistes, comme on peut le voir au chapitre 7, *Ext. de divort.* où Innocent III dit, que quoique le mariage des infideles soit un vrai mariage, il n'est pas RATUM, pour dire qu'il n'est pas Sacrement: *Etsi matrimonium verum inter infideles existat, non tamen est* RATUM; *inter fideles autem verum & ratum existit, &c.* C'est une fort mauvaise objection que de dire que si ces mariages sont Sacremens, l'Eglise ne doit pas les détester. Je réponds qu'elle les déteste, comme elle déteste les mauvaises dispositions dans lesquelles on confere & on reçoit les autres Sacremens, qui ne laissent pas d'être Sacremens, nonobstant ces mauvaises dispositions.

## §. IV.

### *De ce qui se passa au Concile de Trente, à l'égard des mariages clandestins.*

348. Il fut beaucoup question au Concile de Trente, des mariages clandestins, c'est-à-dire, de ceux qui ne sont pas contractés en face d'Eglise,

Tous en reconnoiſſoient les abus. Le meilleur moyen d'y remédier, étoit de les déclarer nuls; mais il y en avoit qui doutoient ſi le Concile en avoit le droit.

Fra-Paolo, dans ſon Hiſtoire de ce Concile, *liv.* 7, rapporte que dans la Congrégation de Théologiens, qui fut tenue ſur ce ſujet le 9 Février 1563, & jours ſuivans, Maillard, Doyen de Sorbonne, dit que l'Egliſe n'avoit pas ce pouvoir: qu'elle ne ſçauroit faire qu'un Sacrement légitime dans le temps préſent, fût invalide à l'avenir: qu'elle ne pouvoit pas exiger pour la validité du mariage, qu'il ſe contractât publiquement; le premier mariage entre Adam & Eve, qui eſt le modele des autres, s'étant fait ſans témoins. Le Jéſuite Salmeron diſoit au contraire, que l'Egliſe a tant de pouvoir ſur la matiere des Sacremens, qu'elle peut y altérer tout ce qui n'eſt pas de leur eſſence; que les qualités de *public* ou de *ſecret* étant accidentelles au mariage, l'Egliſe peut ordonner ſur ces qualités ce que bon lui ſemble, & par conſéquent exiger, pour ſa validité, qu'il fût public.

Palavicin, dans ſon Hiſtoire, donne un démenti à Fra-Paolo, ſur ce qu'il rapporte de l'avis du Doyen Maillard, & dit que c'eſt un fait controuvé.

Dans la vingt-quatrieme ſeſſion du Concile, qui fut tenue le 11 Novembre de la même année, on lut le projet de décret qui avoit été fait pour déclarer nuls les mariages clandeſtins, & le décret paſſa contre l'avis de cinquante-ſix Prélats qui répondirent par *non placet.* L'Evêque de Warmie, qui regardoit la validité de ces mariages comme un dogme de foi, ne voulut pas y aſſiſter; *Fra-Paolo, liv.* 28.

Le décret ſur ce point, qui fut arrêté en cette ſeſſion, eſt conçu en ces termes: *Qui aliter quàm præſente Parocho vel alio Sacerdote de ipſius Parochi ſeu ordinarii licentiâ & duobus vel tribus teſtibus matrimonium contrahere attentabunt, eo S. Synodus ad ſic contrahendum matrimonium omninò inhabiles reddit, & hujuſmodi contractus irritos & nullos eſſe decernit.*

Obſervez que quoique la forme preſcrite par le Concile pour les mariages, ſoit très-ſage, & qu'elle ait été en conſéquence adoptée & confirmée par les Ordonnances de nos Rois, comme nous le verrons au paragraphe ſuivant; néanmoins le Concile excédoit ſon pouvoir en déclarant nuls de ſa ſeule autorité les contrats de mariages où elle n'auroit pas été obſervée: car les mariages en tant que contrats, appartiennent, comme tous les autres contrats, à l'ordre politique; & ils ſont par conſéquent de la compétence de la puiſſance ſéculiere, & non de celle du Concile, à qui il n'appartenoit pas de ſtatuer ſur leur validité ou invalidité.

## §. V.

### *De ce que les Ordonnances de nos Rois ont ordonné contre les mariages clandeſtins; & de la forme qu'elles ont preſcrite pour que les mariages fuſſent valablement contractés.*

349. Le Concile de Trente ne put être reçu en France malgré les efforts que firent la Cour de Rome & le Clergé pour l'y faire recevoir. Tous les

Catholiques reconnoiſſoient & ont toujours depuis reconnu, que les déciſions de ce Concile ſur le dogme, ſont la foi de l'Egliſe; mais l'atteinte qu'il donne dans ſes décrets de diſcipline aux droits de la puiſſance ſéculiere, & à nos maximes ſur un très-grand nombre de points, fut & ſera toujours un obſtacle inſurmontable à ſa reception dans ce Royaume. On peut en voir la liſte dans une diſſertation ſur la réception & l'autorité du Concile de Trente en France, qui eſt à la fin de l'excellent ouvrage de M. Raſſicod, qui a pour titre, *Notes ſur le Concile de Trente*, & qui a été imprimé à Cologne en 1706.

Le décret du Concile ne pouvant pas remédier aux abus des mariages clandeſtins en France, où ce Concile n'étoit pas reçu, & où ſes décrets ne pouvoient par conſéquent avoir aucune autorité, le Roi Henri III jugea à propos d'y remédier lui-même, ayant dans lui-même autant de pouvoir pour cet effet, qu'en avoit le Concile, comme nous l'avons établi dans la premiere partie de ce Traité. C'eſt ce qu'il fit par ſon Ordonnance, rendue aux Etats de Blois, *art.* 40, où il eſt dit: « Avons ordonné que » nos ſujets ne pourront *valablement* contracter mariage ſans proclamations » précédentes; ... après leſquels bans, ſeront épouſés publiquement; & pour » témoigner de la forme, y aſſiſteront quatre témoins dignes de foi, dont » ſera fait regiſtre, *&c.* » Et par l'article 44, il eſt défendu à tous Notaires, ſous peine de punition corporelle, de recevoir aucunes promeſſes de mariage par paroles de préſent.

Par l'Edit d'Henri IV du mois de Décembre 1606, le Roi veut que les cauſes concernant les mariages, appartiennent à la connoiſſance des Juges d'Egliſe, *à la charge* qu'ils ſeront tenus de garder les Ordonnances, même celle de Blois en l'article 40; & ſuivant icelles déclarer les mariages qui n'auront été faits & célébrés en l'Egliſe, & avec la forme & ſolemnité requiſes par ledit article, nuls & non-valablement contractés, comme peine indicte par les Conciles. (1)

La Déclaration du Roi Louis XIII de 1639, article premier, ordonne que l'article 40 de l'Ordonnance de Blois ſoit exactement gardé; & en l'interprétant ..... qu'à la célébration d'icelui aſſiſteront quatre témoins avec le Curé, qui recevra le conſentement des parties, & les conjoindra en mariage, ſuivant la forme pratiquée en l'Egliſe. Fait défenſes à tous Prêtres de célébrer aucuns mariages qu'entre leurs Paroiſſiens, ſans la permiſſion par écrit du Curé ou de l'Evêque.

L'Edit de 1697 confirme les Ordonnances concernant la célébration des mariages, & notamment celles qui regardent la néceſſité de la préſence du propre Curé. » Voulons (y eſt-il dit) que les Ordonnances des Rois nos pré- » déceſſeurs, concernant la célébration des mariages, & notamment celles qui » regardent LA NÉCESSITÉ de la préſence du propre Curé de ceux qui contractent, ſoient exactement obſervées.

---

(1) Voyez les Conciles de Tours, *tit.* 9 *de Matrimonio*; de Reims, *d. tit. art.* 2; de Bordeaux, *d. tit.* Ces trois Conciles ont été tenus en 1583.

350. Cette préſence du Curé requiſe par nos loix pour la validité des mariages, n'eſt pas une préſence purement paſſive : c'eſt un fait & un miniſtere du Curé qui doit recevoir le conſentement des parties, & leur donner la bénédiction nuptiale.

Cela réſulte des termes de la Déclaration de 1639, ci-deſſus rapportée, où il eſt dit, que *le Curé recevra le conſentement des parties, & les conjoindra en mariage, ſuivant la forme pratiquée en l'Egliſe.*

Il ne ſuffiroit donc pas pour la validié du mariage, que les parties allaſſent trouver à l'Egliſe leur Curé, & qu'ils lui déclaraſſent qu'ils ſe prennent pour mari & femme. Il faut que le Curé célebre le mariage. C'eſt pourquoi par Arrêt de 1676, rapporté par d'Hericourt, *p.* 3, *ch.* 5, *art.* 1, *n.* 27, un mariage dont les parties s'étoient fait, dans l'Egliſe, donner acte par un Notaire, ſur le refus fait par un Curé de le célébrer, fut déclaré nul ; & en conſéquence par Arrêt du 10 Mai 1713, un enfant né de ce mariage, fut déclaré bâtard.

351. Depuis, il y a eu un Arrêt de réglement du 5 Septembre 1650, qui fait défenſes à tous Notaires, à peine d'interdiction, de paſſer aucuns actes par leſquels les hommes & femmes déclarent qu'ils ſe prennent pour mari & femme, ſur le refus qui leur ſeroit fait par les Evêques, Grands-Vicaires & Curés, de leur conférer le Sacrement de mariage; & ordonne que leſdits Evêques, Grands-Vicaires & Curés ſeront tenus de donner des actes par écrit, contenant les cauſes de leur refus, lorſqu'ils en ſeront requis. Pareilles défenſes aux Notaires, par Arrêt du 20 Décembre 1688, rapporté au cinquieme tome du Journal.

352. Lorſque le refus du Curé eſt mal fondé, les parties ont deux voies pour ſe pourvoir : la premiere, qui eſt la voie ordinaire, eſt la demande qu'ils peuvent donner contre le Curé, pour qu'il lui ſoit enjoint de célébrer le mariage. Cette demande ayant pour objet le Sacrement de mariage, eſt une cauſe ſpirituelle qui doit être portée devant le Juge eccléſiaſtique, c'eſt-à-dire, devant l'Official. Le Juge Royal eſt incompétent pour en connoître, ſuivant qu'il a été jugé par Arrêt du 10 Juin 1692, rapporté au cinquieme tome du Journal des Audiences. La ſeconde voie, eſt celle de l'appel comme d'abus au Parlement, du refus du Curé. Les parties peuvent auſſi appeller comme d'abus de la Sentence de l'Official, qui auroit autoriſé le refus du Curé.

353. Ce que nous avons dit, que le Prêtre qui célebre le mariage, n'eſt pas un ſimple témoin, & qu'il y exerce un miniſtere, n'eſt pas contraire à ce qu'enſeignent les Théologiens, que les parties qui contractent mariage, ſont elles-mêmes les miniſtres du Sacrement de mariage. Il eſt vrai qu'elles en ſont les miniſtres quant à ce qui eſt de ſa ſubſtance, & qu'elles ſe l'adminiſtrent réciproquement par leur conſentement & la déclaration extérieure qu'elles ſe font de ce conſentement; mais le Prêtre eſt, de ſon côté, le miniſtre des ſolemnités que l'Egliſe & le Prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage pour ſa validité, & il eſt propoſé par l'Egliſe & par le Prince, pour exercer ce miniſtere.

## ARTICLE II.

### *De la compétence du Prêtre qui célebre le mariage.*

354. Il faut pour la validité du mariage, non-seulement qu'il ait été célébré en face d'Egliſe, mais encore que le Prêtre qui l'a célébré, ait été compétent.

Nous verrons, 1°. quel Prêtre eſt compétent pour la célébration des mariages : 2°. Quelle eſt la peine des parties qui ont célébré leur mariage devant un Prêtre incompétent : 3°. Quelle eſt la peine du Prêtre qui l'a célébré : 4°. Si, lorſque les parties ſont de différentes Paroiſſes, le Curé de l'une des parties peut valablement célébrer le mariage ſans le conſentement du Curé de l'autre partie.

### §. I.

### *Quel eſt le Prêtre compétent pour la célébration du mariage.*

355. Le Prêtre compétent pour la célébration des mariages, eſt le Curé des parties.

Le Curé des parties eſt celui du lieu où elles ſont leur réſidence ordinaire. Lorſqu'une perſonne demeure une partie de l'année dans un lieu, & une autre partie dans un autre, ſon Curé eſt celui du lieu où eſt ſa principale demeure ; où il fait ſes Pâques ; où il a coutume de ſe dire *demeurant*, dans les actes qu'il paſſe ; où il eſt impoſé aux charges publiques.

356. Lorſqu'une perſonne a transféré ſa demeure d'un lieu dans un autre, pour que le Curé du lieu de ſa demeure actuelle, ſoit compétent pour la marier, il faut qu'il y ait au moins ſix mois qu'elle y ſoit demeurante, lorſqu'elle ſort d'une Paroiſſe du même Diocèſe ; ou un an entier, lorſqu'elle ſort d'un autre Diocèſe ; ſans cela, ſon Curé actuel ne peut la marier ſans un certificat de publication de bans du Curé de la Paroiſſe d'où elle eſt ſortie. C'eſt ce qui eſt porté par l'Edit du mois de Mars 1697, où il eſt dit : » Défendons à tous Curés de con-» joindre en mariage autres perſonnes que ceux qui ſont leurs vrais paroiſſiens, » demeurants actuellement & publiquement dans leurs Paroiſſes, au moins depuis » ſix mois à l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans un autre paroiſſe » de la même ville ou du même Diocèſe ; ou depuis un an, pour ceux qui de-» meuroient dans un autre Diocèſe. »

357. Lorſque les parties contractantes ſont mineures, leur Curé, qui doit célébrer leur mariage, eſt celui du lieu de la demeure de leurs pere & mere, tuteur ou curateur, quand même elles auroient ailleurs un domicile de fait ; ſauf qu'en ce cas leurs bans doivent auſſi être publiés en la paroiſſe du lieu de ce domicile de fait. C'eſt la diſpoſition de l'Edit du mois de Mars 1697, où il eſt dit : » Déclarons que le domicile des fils & filles de famille mineurs » de 25 ans, pour la célébration de leur mariage, eſt celui de leurs pere, » mere, ou de leur tuteur ou curateur, après la mort de leurſdits pere & » mere ; & en cas qu'ils aient un autre domicile de fait, ordonnons que les » bans ſeront publiés dans les Paroiſſes où ils demeurent, & dans celles de » leurs peres, meres, tuteurs & curateurs. »

358. L'Evêque des parties n'eſt pas moins compétent que leur Curé pour la célébration de leur mariage, puiſqu'il eſt leur premier Paſteur.

359. Enfin, un Prêtre qui a permiſſion de l'Evêque ou du Curé des parties pour célébrer leur mariage, eſt très-compétent pour le célébrer; le mariage étant célébré par la permiſſion du Curé ou de l'Evêque, c'eſt comme ſi l'Evêque ou le Curé l'euſſent eux-mêmes célébré.

Le Vicaire d'une Paroiſſe eſt cenſé, par ſa qualité de Vicaire, avoir la permiſſion du Curé pour célébrer les mariages de la Paroiſſe; le Curé eſt cenſé la lui avoir donnée, en le recevant pour ſon Vicaire; & il n'eſt pas néceſſaire qu'il la renouvelle pour chaque mariage.

Il en eſt de même d'un Prêtre habitué, qu'un Curé a prépoſé pour la célébration des mariages dans la Paroiſſe: il eſt évident qu'en lui donnant cette commiſſion, il lui a donné la permiſſion de les célébrer, tant que ſa commiſſion n'eſt pas révoquée.

360. Tout autre Prêtre qui n'a pas la permiſſion ni de l'Evêque, ni du Curé des parties, eſt incompétent pour le célébrer.

C'eſt ce qui réſulte de la Déclaration de 1639, qui, après avoir ordonné que ce ſera le Curé qui recevra le conſentement des parties, ajoute: » Défen» ſes à tous Prêtres de marier autres perſonnes que leurs vrais paroiſſiens, » ſans la permiſſion par écrit des Curés des parties, ou de l'Evêque. »

Cette permiſſion par écrit n'eſt pas néanmoins néceſſaire, lorſque c'eſt le Vicaire, ou le Prêtre prépoſé à la célébration des mariages, qui l'ont célébré: pareillement, quoique le mariage ait été célébré par un Prêtre étranger, s'il l'a été en préſence du Curé, cette préſence dont il eſt fait mention dans l'acte de célébration ſur le regiſtre du Curé, équipolle à une permiſſion par écrit du Curé.

## §. II.

### *De la peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre incompétent.*

361. La peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre incompétent, eſt la nullité de leur mariage.

Quoique le Concile de Trente, qui a prononcé cette peine (1), comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 348, n'ait pas été reçu en France, nos Rois ont adopté & confirmé ſa diſpoſition à cet égard.

La Déclaration de 1639, en preſcrivant la forme de la célébration des mariages, exige que ce ſoit le Curé qui le célebre (ou quelqu'un par lui commis,) » *à la célébration aſſiſteront quatre témoins avec* LE CURÉ, *qui recevra le* » *conſentement des parties*, &c. »

L'Edit du mois de Mars 1697 ne laiſſe aucun doute ſur la nullité des ma-

(1) *Qui aliter quàm præſente Parocho, vel alio Sacerdote de ipſius Parochi, ſeu ordinarii licentiâ matrimonium contrahere attentabunt.... S. Synodus....., hujuſmodi contractus illicitos & nullos eſſe decernit.*

riages célébrés devant un Prêtre incompétent ; après avoir dit dans le préambule : » Les saints Conciles ayant prescrit comme une des solemnités ESSENTIELLES » au Sacrement de mariage, la présence du propre Curé de ceux qui contrac- » tent, les Rois nos prédécesseurs ont autorisé par plusieurs Ordonnances l'exé- » cution d'un réglement si sage, *&c.* » il est dit ensuite dans le dispositif : » Voulons que les dispositions des saints Canons, & les Ordonnances des Rois » nos prédécesseurs, concernant la célébration des mariages, & notamment » celles qui regardent la NÉCESSITÉ de la présence du propre Curé de ceux » qui contractent, soient exactement observées; défendons, *&c.* »

Dire qu'une chose est une *solemnité essentielle au mariage*, c'est dire qu'elle est de l'essence du mariage, & qu'en conséquence, il ne peut y avoir de vrai mariage lorsqu'elle n'a pas été observée. Les saints Conciles, en déclarant que la présence du propre Curé étoit une *solemnité essentielle au Sacrement de Mariage*, ont donc suffisamment déclaré que les mariages où elle n'avoit pas été observée, n'étoient pas de vrais mariages, & devoient être regardés comme nuls ; & l'Edit, en ordonnant l'observation des canons à cet égard, prononce évidemment la nullité de ces mariages.

Cela résulte encore de ces autres termes de l'Edit : Voulons que les Ordonnances, . . . . . & notamment celles qui regardent *LA NÉCESSITÉ de la présence du propre Curé*, soient exactement *observées*. Il paroît par ces termes que la présence du propre Curé est regardée comme étant de *nécessité* pour la célébration des mariages : donc ceux où elle n'est pas intervenue, ne sont pas valablement célébrés.

Enfin, nos loix regardent tellement comme nuls les mariages célébrés par un Prêtre incompétent, que la Déclaration du 15 Juin 1697 ordonne que les parties qui auront contracté de tels mariages, soient poursuivies par les Procureurs du Roi pour les réhabiliter, comme nous le verrons *infrà*, *part. 6*, *ch. 1*, *art. 1*, §. 7. Ils sont donc nuls; car s'ils étoient valables, il ne faudroit pas les réhabiliter.

362. Cette nullité des mariages célébrés par un Prêtre incompétent, n'est pas de la classe de celles qu'on appelle relatives, qui n'ont lieu que lorsque la partie s'en plaint ; telles que sont celles qui résultent du défaut de liberté dans le consentement de l'une des parties contractantes, de l'impuissance, du défaut de consentement des pere & mere, ou tuteurs, *&c.* elle est de la classe de celles qu'on appelle nullités absolues, & elle ne peut se purger, ni se couvrir, que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire, une nouvelle célébration faite par le Curé ou avec sa permission, ou celle de l'Evêque.

Il n'importe que les personnes qui se sont mariées hors la présence & sans le consentement de leur propre Curé, soient majeures ou mineures, enfans de famille, ou usantes de leurs droits; nos loix ci-dessus rapportées, qui déclarent nuls ces mariages, n'ayant fait à cet égard aucune distinction.

On trouve néanmoins dans les Recueils d'Arrêts, quelques Arrêts qui ont déclaré des parties non-recevables dans l'appel comme d'abus par elles interjetté, de la célébration de leur mariage, sur le prétexte qu'il avoit été célébré par un Prêtre incompétent, hors la présence & sans le consentement du

du Curé, lorſque l'appel n'avoit été interjetté qu'après un long temps de cohabitation publique, & ſans que perſonne ne ſe fût jamais plaint de ce mariage.

La réponſe eſt, que ces Arrêts n'ont pas jugé qu'un mariage, qu'on ſuppoſeroit célébré par un Prêtre incompétent, puiſſe jamais être valable, & que ce vice puiſſe être purgé par quelque laps de temps que ce fût; mais qu'ils ont ſeulement jugé, qu'eu égard aux circonſtances de la cauſe, l'appellant étoit indigne d'être écouté, & reçu à entrer dans la diſcuſſion qu'il alléguoit; & qu'on devoit préſumer que les choſes s'étoient paſſées dans les regles, & que le Prêtre qui avoit célébré le mariage, avoit eu la permiſſion du Curé. Ce que nous diſons eſt conforme à ce qui a été obſervé par M. d'Agueſſeau dans un Mémoire qui ſe trouve dans le cinquieme volume de ſes Œuvres, après le cinquante-ſeptieme Plaidoyer: il eſt dit à la fin de ce Mémoire: » S'il y a quelquefois des circonſtances aſſez fortes, ſuivant » les regles de la police extérieure, pour fermer la bouche à la mauvaiſe » foi, & à l'inconſtance de ceux qui reclament ſur ce fondement (de défaut de » préſence & de conſentement du propre Curé) contre un conſentement libre » & une longue poſſeſſion, il faut, au moins en ce cas, qu'il paroiſſe que » la Juſtice ne ſe détermine que par les fins de non-recevoir; & qu'en dé» clarant les parties non-recevables, elle ajoute toujours que c'eſt ſans pré» judice à elles de ſe retirer pardevers l'Evêque pour réhabiliter leur mariage, » ſi faire ſe doit. «

363. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent ſur la nullité du mariage célébré hors la préſence & ſans le conſentement du Curé des parties, a lieu, quand même le mariage auroit été célébré en pays étranger par des François, lorſqu'il paroît que c'eſt en fraude de la loi qu'ils y ſont allés. En vain diroient-ils que la forme des contrats ſe regle par les loix du lieu où ils ſe paſſent; que leur mariage ne s'étant pas fait en France, mais en pays étranger, ils n'ont pas été obligés d'obſerver les loix en France, pour la forme de leur mariage. La réponſe eſt, que la célébration du mariage en face d'Egliſe par le propre Curé, n'eſt pas une pure forme d'acte; c'eſt une obligation que nos loix impoſent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y ſont ſujettes, ne peuvent ſe ſouſtraire, en allant en fraude ſe marier dans un pays étranger.

Il en ſeroit autrement d'un mariage qu'un François, qui ſe trouveroit avoir, ſans fraude, ſa réſidence dans un pays étranger, où il n'y a pas d'exercice de la Religion Catholique, auroit contracté avec une femme Catholique, & qui auroit été célébré dans la Chapelle d'un Ambaſſadeur Catholique par l'Aumônier: ce mariage ſeroit valable, n'y ayant pas en ce cas de fraude, & le mariage n'ayant pu être célébré autrement.

## §. III.

*Des peines des Prêtres qui célebrent des mariages ſans le conſentement par écrit du Curé des Parties, ou de l'Evêque.*

364. Ces peines ſont preſcrites par l'Edit du mois de Mars 1697. Il y eſt dit: » Voulons, que ſi aucuns deſdits Curés ou Prêtres, tant ſéculiers que » réguliers, célebrent ci-après ſciemment, & avec connoiſſance de cauſe, des » mariages entre des perſonnes qui ne ſont pas effectivement de leurs Paroiſ- » ſes, ſans en avoir la permiſſion par écrit des Curés de ceux qui les con- » tractent, ou de l'Archevêque ou Evêque diocéſain, il ſoit procédé contre » eux extraordinairement; & qu'outre les peines canoniques que les Juges » d'Egliſe pourront prononcer contre eux, leſdits Curés & autres Prêtres, » tant ſéculiers que réguliers, qui auront des bénéfices, ſoient (par nos Juges) » privés, pour la premiere fois, de la jouiſſance de tous les revenus de leurs » Cures & Bénéfices pendant trois ans, à la réſerve de ce qui eſt abſolu- » ment néceſſaire pour leur ſubſiſtance, ce qui ne pourra excéder la ſomme » de ſix cents livres dans les plus grandes villes; celle de trois cents livres » par-tout ailleurs; & que le ſurplus ſoit ſaiſi à la diligence de nos Procu- » reurs, & diſtribué en œuvres pies, par l'ordre de l'Evêque diocéſain.

» Qu'en cas d'une ſeconde contravention, ils ſoient bannis pendant le temps » de neuf ans, des lieux que nos Juges eſtimeront à propos.

» Que les Prêtres ſéculiers, qui n'auront pas des Bénéfices, ſoient con- » damnés au banniſſement pendant trois ans; & en cas de récidive, pendant » neuf ans; & qu'à l'égard des Prêtres réguliers (1), ils ſoient envoyés dans » un Couvent de leur Ordre, que leur Supérieur leur aſſignera hors des Pro- » vinces marquées par les Arrêts de nos Cours, ou les Sentences de nos Juges, » pour y demeurer renfermés pendant le temps qui leur ſera marqué par leſ- » dits Jugemens, ſans y avoir aucune charge, ni fonction, ni voix active & paſſive. »

365. L'Edit ne ſoumet les Curés à ces peines, que lorſqu'ils ont célébré *ſciemment & avec connoiſſance de cauſe*, le mariage de gens qu'ils ſçavoient n'être pas leurs paroiſſiens: ils n'y ſont pas ſujets lorſqu'ils ont été ſurpris. Mais, pour éviter ces ſurpriſes, l'Edit leur enjoint, lorſqu'ils célebrent le mariage de perſonnes qu'ils ne connoiſſent pas, & qui ſe diſent de leur Paroiſſe, de ſe faire, avant que de commencer les cérémonies, certifier de leur demeure, âge & qualité par quatre témoins domiciliés & ſignandaires, ſi ce nombre de ſignandaires peut facilement ſe trouver ſur le lieu, auxquels témoins le Curé doit faire ſigner l'acte de célébration.

---

(1) Qui n'ont pas de Bénéfices: ceux qui en ont, ſont compris dans la précédente diſpoſition, qui prononce la peine de la privation des fruits.

## §. IV.

*Si lorſque les parties ſont de différentes Paroiſſes, le Curé d'une des parties peut valablement célébrer le mariage ſans le concours & le conſentement du Curé de l'autre partie.*

366. Cette queſtion eſt admirablement traitée dans un Mémoire qui ſe trouve dans le cinquieme tome des Œuvres de M. d'Agueſſeau, dont nous avons déja rapporté quelque choſe *ſuprà*, *n.* 362.

L'Auteur du Mémoire propoſe trois cas auxquels le mariage a été célébré par le Curé de l'une des parties.

Le premier cas eſt celui auquel les bans ont été publiés dans les différentes Paroiſſes des deux parties. Il n'y a pas lieu, dit-il, en ce cas à la queſtion. Le Curé de l'autre partie eſt cenſé avoir ſuffiſamment concouru & donné ſon conſentement au mariage par la publication qu'il a faite des bans, & par le certificat qu'il a donné de cette publication.

Obſervez, en paſſant, que le Curé qui célebre le mariage, a un très-grand intérêt de ſe faire remettre ce certificat de l'autre Curé, par lequel il atteſte avoir publié les bans ſans qu'il y ait eu d'oppoſitions; car s'il y avoit des oppoſitions, le Curé qui a célébré, ſeroit, faute de ce certificat, expoſé aux dommages & intérêts qui ſeroient prétendus par ceux qui les ont formées.

Le ſecond cas eſt celui auquel l'Evêque des deux parties leur a donné diſpenſe des trois bans. L'Auteur du Mémoire convient qu'on peut encore ſoutenir en ce cas, que le mariage célébré par le Curé de l'une des parties, eſt valable: l'Evêque eſt cenſé en avoir approuvé la célébration par la diſpenſe des trois bans qu'il a accordée: étant le premier Paſteur des deux parties, elles ſont cenſées l'une & l'autre s'être mariées du conſentement de leur Paſteur.

Le troiſieme cas eſt celui auquel les bans n'ont été publiés que dans la Paroiſſe de l'une des parties, dont le Curé a célébré le mariage. C'eſt dans ce cas que l'Auteur du Mémoire ſoutient que le mariage célébré par le Curé de l'une des parties, eſt nul par le défaut du concours & de conſentement du Curé de l'autre partie à ce mariage.

Pour prouver cette theſe, il commence par préſuppoſer que le Concile de Trente, & nos Rois par leurs Ordonnances, » ont eu pour objet d'empêcher » la clandeſtinité des mariages. Ils ont cru qu'il n'y avoit pas de moyen plus » ſûr pour y parvenir, que d'établir la néceſſité de la préſence (ou du con» ſentement) du propre Curé. »

Ils l'ont établie comme une forme & une ſolemnité eſſentielle, dont l'inobſervation rendroit le mariage nul & clandeſtin.

La clandeſtinité qui rend nul le mariage fait hors la préſence & ſans le conſentement du Curé des parties, conſiſte en deux choſes; 1°. dans le défaut d'une forme & ſolemnité requiſe, à peine de nullité: 2°. Dans le préjudice que l'inobſervation de cette forme pourroit ſouvent faire à des tiers, en leur dérobant la connoiſſance d'un mariage qu'ils peuvent avoir intérêt de ſçavoir & d'empêcher.

Tout ceci préſuppoſé, l'Auteur du Mémoire entre dans la queſtion, ſi ces deux caracteres de clandeſtinité ne ſe rencontrent pas, lorſque le mariage a été célébré par le Curé de l'une des parties, ſans le concours & le conſentement du Curé de l'autre partie; & il ſoutient que l'une & l'autre s'y rencontrent.

1°. Le défaut de forme s'y rencontre. La forme qui requiert la préſence ou le conſentement du Curé *des Parties*, n'eſt pas entiérement & ſuffiſamment remplie, quoique le mariage ait été célébré par le Curé de l'une des parties, lorſqu'il l'a été ſans le concours & conſentement du Curé de l'autre partie. Il ne faut, pour s'en convaincre, qu'entrer dans l'eſprit du Concile, qui a preſcrit cette forme & ſolemnité, que les Ordonnances de nos Rois ont adoptée.

L'eſprit du Concile, en préſcrivant cette forme, a été de rappeller les Chrétiens, ſur ce point, à l'ancienne diſcipline de l'Egliſe, ſuivant laquelle les fideles ne devoient pas ſe marier ſans avoir auparavant inſtruit l'Egliſe de l'engagement qu'ils entendoient contracter, pour en avoir ſon avis & ſon approbation, comme nous l'apprenons de ce paſſage de Tertulien : *nuptiæ non priùs apud Eccleſiam profeſſæ, juxtà mœchiam judicari periclitantur.* C'eſt en ſe conformant à l'eſprit de cette ancienne diſcipline, que le Concile impoſe aux fideles, lorſqu'ils veulent ſe marier, l'obligation d'inſtruire de leur mariage l'Egliſe particuliere dont ils ſont membres, au moins en la perſonne du Curé de cette Egliſe, qui en eſt le chef & qui la repréſente; & c'eſt pour cet effet qu'il ordonne que leur mariage ſera célébré par leur Curé, ou de ſon conſentement.

Cette obligation eſt impoſée à l'une & à l'autre des parties : l'une & l'autre des parties doit donc la remplir, pour qu'on puiſſe dire que la forme preſcrite par le Concile a été obſervée. C'eſt pourquoi, lorſque les parties ſont de différentes Paroiſſes, quoique le mariage ait été célébré par le Curé de l'une des parties, la forme preſcrite par le Concile n'eſt pas remplie, ſi l'autre partie n'a pas fait concourir ſon Curé à ſon mariage, en lui faiſant publier les bans.

Ce mariage, qui, quoique contracté par le Curé de l'une des parties, l'a été à l'inſçu du Curé de l'autre partie, a donc le premier caractere de clandeſtinité, qui conſiſte dans l'inobſervation de la forme & ſolemnité preſcrite pour la célébration des mariages.

Il eſt encore plus évident que ce mariage renferme le ſecond caractere de clandeſtinité, qui conſiſte dans le préjudice que le défaut de forme fait à des tiers, auxquels il dérobe la connoiſſance d'un mariage dont ils avoient intérêt d'être avertis pour l'empêcher : car, quoiqu'il ait été célébré par le Curé de l'une des parties, ce n'eſt pas ordinairement par ce Curé, mais par l'autre Curé, à l'inſçu duquel on a affecté de faire le mariage, que ceux qui avoient intérêt d'en être avertis pouvoient l'être, & auxquels par ce moyen on en a dérobé la connoiſſance.

Suppoſons qu'un jeune homme voulant faire un mariage peu convenable ou même honteux avec une fille, ait été marié par le Curé de la fille, à l'inſçu du Curé de la Paroiſſe où il n'a pas fait publier de bans; quoique

ce mariage ait été célébré par le Curé de l'une des parties, le jeune homme n'en a pas moins dérobé la connoiſſance à ſes parens, en le faiſant à l'inſçu de ſon Curé, & en ne faiſant pas publier de bans dans ſa Paroiſſe, ſes parens ne pouvant veiller que ſur ce qui ſe paſſe dans la Paroiſſe du jeune homme, & non ſur ce qui ſe paſſe dans la Paroiſſe de la fille qu'ils ne connoiſſent pas.

M. d'Agueſſeau combat enſuite la diſtinction qu'on voudroit faire à cet égard, entre le mariage des mineurs & celui des majeurs. On convient aſſez que lorſque les parties ſont mineures, ou l'une d'elles, le mariage, quoique célebré par le Curé de l'une des parties, eſt nul, lorſqu'il a été fait à l'inſçu, & ſans le concours du Curé de la partie mineure; mais lorſque les parties ſont l'une & l'autre majeures, on doit, dit-on, décider autrement.

Voici comme les partiſans de cette diſtinction tâchent de l'établir. Lorſque le mariage a été célébré par le Curé de l'une des parties, le concours & conſentement du Curé de l'autre partie, conſiſte dans la publication des bans qu'a faite l'autre Curé, & dans le certificat qu'il a donné de cette publication. Or, le défaut de publication de bans, ſuivant la Juriſprudence des Arrêts, ne fait pas une nullité à l'égard du mariage des majeurs: donc lorſqu'un mariage de majeurs a été célébré par le Curé de l'une des parties, le défaut de concours du Curé de l'autre partie ne doit pas faire une nullité.

M. d'Agueſſeau répond à ce raiſonnement, qu'on y confond mal-à-propos la formalité de faire précéder le mariage par une proclamation de bans, & celle de l'obligation qui eſt impoſée à chacune des parties contractantes, de faire intervenir à leur mariage le conſentement de leur Curé. Ce ſont deux formalités différentes; & ſi on peut quelquefois paſſer par-deſſus l'inobſervation de la premiere, il ne s'enſuit pas qu'on puiſſe pareillement paſſer par-deſſus l'inobſervation de l'autre. On convient que lorſque l'une & l'autre partie ont ſatisfait à la formalité de faire intervenir à leur mariage le conſentement de leur Curé, en le faiſant célébrer par leur Curé commun, on paſſe par-deſſus l'omiſſion de la formalité de la publication des bans qui devoit précéder, le mariage ayant été contracté entre majeurs, & ayant été public; mais il y a une grande différence entre cette formalité qui n'eſt qu'un préalable au mariage, & la forme à laquelle chacune des parties eſt aſſujettie de faire intervenir le conſentement de ſon Curé ou de l'Evêque, laquelle forme eſt une forme du mariage même, ſans laquelle il ne peut être valable. C'eſt pourquoi, lorſque les parties ſont de différentes Paroiſſes, le mariage, quoique célébré par le Curé de l'une des parties, eſt nul, ſi le Curé de l'autre partie n'y a pas concouru, ſoit en publiant des bans, ſoit de quelqu'autre maniere que ce ſoit, quand même les parties ſeroient majeures; le Concile & les Ordonnances de nos Rois, qui ont adopté ſa diſpoſition, n'ayant fait à cet égard aucune diſtinction entre les majeurs & les mineurs.

M. d'Agueſſeau combat enſuite un autre raiſonnement des partiſans de la diſtinction entre le mariage des mineurs & celui des majeurs, par rapport à cette formalité. Ce raiſonnement conſiſte à dire, que les tiers ne ſouffrent aucun préjudice, de ce que le mariage ayant été célébré à l'inſçu du Curé

de l'une des parties, la connoiſſance leur en a été dérobée : car, dit-on, ils n'avoient aucun intérêt d'en être inſtruits, puiſque quand même ils l'euſſent été, ils n'auroient pu l'empêcher, les majeurs n'ayant pas beſoin pour ſe marier, du conſentement de leurs parens.

A cela M. d'Agueſſeau répond, que quoiqu'il ne ſoit pas au pouvoir des parens des majeurs de former un obſtacle inſurmontable au mariage qu'ils ſe propoſent de faire, ils ont néanmoins un très-grand intérêt d'en être avertis, parce qu'en étant inſtruits, ils peuvent ſouvent, par le retard qu'ils apportent au mariage, & par leurs remontrances, faire ouvrir les yeux à la partie qui ſe propoſoit de faire un mariage peu convenable, & la déterminer à ne le pas faire.

D'ailleurs, l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage de leurs parens, n'eſt qu'une raiſon acceſſoire à l'obligation impoſée aux parties, de ne ſe pas marier à l'inſçu de leur Curé. La forme preſcrite par le Concile & par les Ordonnances, de célébrer le mariage en la préſence ou du conſentement du Curé, laquelle eſt preſcrite aux deux parties, a un autre fondement principal que nous avons rapporté ci deſſus. C'eſt pourquoi, quand même l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage, ne ſe rencontreroit pas, l'inobſervation de cette forme ne laiſſe pas de devoir faire déclarer nul un mariage, auquel, quoiqu'il ait été célébré par le Curé de l'une des parties, le Curé de l'autre partie n'a pas concouru, ſans qu'on doive à cet égard faire aucune diſtinction entre le mariage des majeurs & celui des mineurs; le Concile & les Ordonnances de nos Rois qui ont preſcrit cette forme, n'ayant fait aucune diſtinction.

Il faut lire le Mémoire fait ſur cette queſtion, dans le cinquieme tome des Œuvres de M. d'Agueſſeau. L'analyſe que nous venons d'en faire, n'a pu qu'affoiblir la force & l'énergie des moyens qu'il contient.

## Article III.

### *Si la célébration du mariage peut ſe faire par Procureur.*

367. Il n'eſt pas néceſſaire pour que la célébration du mariage en face d'Egliſe, ſoit valable, que les parties contractantes faſſent par elles-mêmes cette célébration : elles peuvent la faire valablement par procureurs, pourvu que les trois conditions requiſes par la Décrétale de Boniface VIII, rapportée *cap. fin. de procurat. in* 6°, concourent.

Il faut, 1°. que le Procureur ait une procuration ſpéciale pour épouſer une telle perſonne. Un Procureur à qui j'aurois donné pouvoir d'épouſer en mon nom telle perſonne qu'il jugeroit à propos, ne pourroit valablement en épouſer pour moi aucune.

Il faut, 2°. que le Procureur à qui j'ai donné pouvoir d'épouſer une perſonne en mon nom, le faſſe par lui-même : il ne peut pas ſubſtituer une autre perſonne pour le faire en ſa place, à moins que par une clauſe expreſſe de ma procuration, je ne lui euſſe donné le pouvoir de ſubſtituer un autre.

Il faut, 3°. que la procuration n'ait point été révoquée avant la célébration. Si elle avoit été révoquée avant la célébration, le mariage ne seroit pas valablement contracté, quand même, lors de la célébration, mon Procureur & la personne qu'il a épousée en mon nom, auroient ignoré & n'auroient pu sçavoir cette révocation.

En cela, le mariage est différent des autres contrats, auxquels on donne effet contre le mandant, lorsque son Procureur, & celui avec qui son Procureur a contracté, ont contracté de bonne foi, dans l'ignorance de la révocation du mandat; L. 15, ff. *mand.* La raison de différence est, que le consentement des parties est tellement de l'essence du mariage au temps auquel il se contracte, que lorsqu'il a cessé par la révocation de la procuration, quoique ignorée, il ne peut pas se suppléer, pour quelque cause que ce soit.

Lorsque ces trois conditions concourent, le mariage célébré par procureurs est valablement contracté; & quoique les parties réiterent depuis par elles-mêmes la cérémonie de la célébration de leur mariage, ce n'est point la réitération de cette cérémonie; c'est la célébration qui a été faite par procureurs, qui donne au mariage sa perfection. Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, consomma à Lyon son mariage, avant la réitération de la cérémonie.

# CHAPITRE II.

*Des choses requises pour la célébration des mariages, dont l'inobservation n'emporte pas la nullité du mariage.*

368. 1°. LORSQU'IL y a une ou plusieurs oppositions faites à des bans de mariage, le Curé doit surseoir à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'on lui ait rapporté la main-levée des oppositions.

Néanmoins lorsqu'il a passé outre, l'inobservation de cette regle n'empêche pas le mariage d'être valable.

Il est valable, quand même l'opposition à laquelle le Curé n'a pas eu d'égard, seroit bien fondée, *putà* si elle avoit été faite par une personne à qui l'une des parties avoit été fiancée: car l'empêchement qui résulte des fiançailles avant leur dissolution, n'est, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 88, qu'un empêchement purement prohibitif & non dirimant, qui par conséquent n'empêche pas la validité du mariage que la partie a contracté, au préjudice de cet empêchement, & de l'opposition fondée sur cet empêchement.

Le mariage célébré au préjudice des oppositions dont il n'y a pas eu de main-levée, quelles qu'elles soient, est valable à la vérité; mais le Curé qui a contrevenu à la regle en célébrant ce mariage, peut être à la requête du Promoteur, poursuivi devant l'Official pour la peine canonique, qui est en ce cas une suspense *à divinis* pour trois ans; *Can. cum inhibitio vers. Sane, Extrà de cland. despons.*

Il peut auſſi être pourſuivi devant le Juge ſéculier par les parties qui ont fait l'oppoſition, & ce Juge peut le punir par une condamnation d'amende, & de dommages & intérêts.

Lorſque c'eſt le Vicaire où le Prêtre commis pour la célébration des mariages, qui a célébré le mariage avant la main-levée des oppoſitions, ce n'eſt pas en ce cas le Curé, mais le Prêtre qui a célébré le mariage ſans ſe faire rapporter la main-levée des oppoſitions, qui eſt ſujet à ces peines.

Si ce n'étoit pas entre les mains du Curé qui a célébré le mariage, mais entre les mains de l'autre Curé qui a donné un faux certificat qu'il n'y avoit pas d'oppoſition, ce ne ſeroit pas le Curé qui a célébré le mariage, mais celui qui a donné le faux certificat, qui ſeroit ſujet à ces peines.

369. Quoiqu'il n'y ait aucune oppoſition, les Rituels de pluſieurs Diocèſes portent que le mariage ne peut être célébré le jour du premier ban; ce qui a été ainſi ordonné, tant afin que ceux qui ont connoiſſance de quelque empêchement, aient le temps d'en avertir le Curé, que pour que ceux qui ont quelque oppoſition à former, aient le temps de la faire

Les Curés dans ces Dioceſes doivent ſe conformer à cette diſcipline; & s'ils y contreviennent, ils peuvent être pourſuivis à la requête du Promoteur; mais l'inobſervation ne fait aucun obſtacle à la validité du mariage.

370. 2°. Une autre choſe qui doit être obſervée par les Curés, à l'égard de la célébration des mariages, & dont l'inobſervation ne rend pas le mariage nul, eſt qu'ils ne doivent pas les célébrer dans les temps défendus, ſans y être autoriſés par une diſpenſe de l'Evêque.

C'eſt une diſcipline très-ancienne dans l'Egliſe, de ne pas permettre la célébration des mariages dans certains temps de l'année conſacrés à la pénitence, ſur-tout dans le ſaint temps de Carême.

Cette diſcipline, dont on ne voit pas le commencement, & qui remonte vraiſemblablement aux temps Apoſtoliques, ſe trouve établie par les canons de quelques-uns des plus anciens Conciles.

Celui de Laodicée, tenu dans le quatrieme ſiecle, l'an 368, l'un des plus anciens dont nous ayons les canons, dit: *non oportet in quadrageſimâ aut nuptias vel quælibet natalitia celebrare; Can.* 52.

On trouve dans Gratien, *cauſ.* 33, *quæſt.* 4, *can.* 10; dans Yves de Chartres, *lib.* 6, *cap.* 2, & dans Burchard, un canon qu'ils attribuent à un Concile de Lérida, qui eſt conçu en ces termes; *non oportet in quadrageſimâ uſque ad octavam Paſchæ, & tribus hebdomadibus ante feſtivitatem S. Joannis-Baptiſtæ, & ab Adventu Domini uſque ad Epiphaniam, nuptias celebrare: quod ſi factum fuerit, ſeparentur.*

Quoique ce canon ne ſe trouve pas parmi les canons du Concile de Lérida, tenu l'an 524, & qu'il ſoit incertain quel eſt le Concile d'où il eſt tiré, il prouve toujours que c'étoit la diſcipline obſervée dans l'Egliſe au temps de ces Auteurs, & que ces Auteurs la regardoient comme très-ancienne.

Les temps auxquels, outre le Carême, il étoit défendu de célébrer les mariages, étoient différents, ſelon les uſages des différentes Egliſes. Il étoit d'uſage dans certaines Egliſes, de ſe préparer à la Fête de S. Jean-Baptiſte par

par un temps de jeûne, pendant lequel la célébration des mariages étoit défendue comme pendant le grand Carême.

En Angleterre, les mariages étoient défendus dans les grandes solemnités, aux jours des jeûnes des Quatre-Temps; depuis l'Avent jusqu'à l'Octave de Noël, & depuis la Septuagésime, jusqu'à la quinzaine d'après Pâques. C'est ce que nous trouvons dans le Concile *Ænhalmense*, tenu vers l'an 1009, *can.* 18.

Le Concile de Trente a établi à cet égard une discipline générale & uniforme.

Suivant cette discipline à laquelle celle de l'Eglise de France est à cet égard conforme, la célébration des mariages est défendue pendant l'Avent jusqu'à l'Epiphanie, & depuis le Mercredi des Cendres jusqu'après l'octave de Pâques; & elle est permise dans tous les autres temps; *Sess.* 24, *de reform. matrim. cap.* 10.

Le canon 5 du Concile de Rheims, tenu en 1564, est entiérement conforme à cette discipline.

Depuis, les Conciles de Rouen, tenus en 1581; ceux de Rheims, de Bordeaux, de Tours, tenus en 1583, ont confirmé cette discipline. Il s'étoit répandu dans quelques provinces une opinion populaire, que le jour de la fête de saint Joseph devoit être excepté de la défense de célébrer les mariages en Carême: un Concile de Bordeaux, tenu en 1624, au titre *de matrimonio*, *art.* 5, déclare qu'il n'en est pas excepté.

371. Cette défense de célébrer les mariages pendant ces temps consacrés à la pénitence & à la priere, est très-conforme à l'esprit de l'Eglise. C'est par ce même esprit que l'Eglise ne permettoit pas autrefois aux personnes soumises à la pénitence publique, l'usage du mariage pendant le temps de leur pénitence. C'est par le même esprit qu'elle a toujours exhorté, & qu'elle exhorte encore aujourd'hui les personnes mariées, à s'abstenir par un consentement mutuel pendant ces saints temps, de l'usage du mariage, & qu'elle a pour cet effet choisi pour l'Epître de la Messe du Mercredi des Cendres, une Leçon du Prophete Joël, où il est dit: *egredietur sponsus de cubili suo, & sponsa de thalamo suo.*

Le Concile de Rouen regardoit cette défense comme si importante, qu'il va jusqu'à dire que les Evêques n'ont pas le pouvoir d'en accorder dispense: *Contrà quos dies non est potestas Episcopis dispensandi*; *tit. de matrim. art.* 9.

Un Curé pécheroit donc très-grièvement, & il devroit être puni très-sévérement par le Supérieur Ecclésiastique, si contre la défense de l'Eglise, il célébroit un mariage dans les temps défendus, sans une dispense de l'Evêque ou de ses Vicaires-Généraux: mais le mariage, quoique célébré dans les temps défendus, ne laisseroit pas d'être valable, cette défense étant une des choses dont l'inobservation ne rend pas nul le mariage.

Il seroit à souhaiter que ces saintes regles de l'Eglise fussent plus respectées qu'elles ne le sont, & que la dispense ne s'en accordât pas avec la scandaleuse facilité avec laquelle elle s'accorde dans plusieurs Diocèses. Mais quelque sensible que soit à un bon Curé la plaie faite à la discipline de l'Eglise par ces dispenses, lorsque les parties lui apportent la dispense du Supérieur Ecclésiastique, il doit célébrer le mariage dans les emps défendus; car il

ne doit pas ſe rendre juge du jugement qu'a porté ſon Supérieur, en accordant la diſpenſe. D'ailleurs, ſon Supérieur peut avoir eu de bonnes raiſons pour l'accorder, dont il n'eſt pas obligé de rendre compte, & le Curé doit lui obéir dans ce qui n'eſt pas contraire à la loi de Dieu.

372. 3°. Une troiſieme choſe que les Curés ſont obligés d'obſerver pour la célébration des mariages, & dont l'inobſervation ne rend pas le mariage nul, c'eſt de ne pas célébrer le mariage ſans une diſpenſe de l'Evêque ou de ſon Vicaire Général, aux heures auxquelles la Loi du Diocèſe le défend.

Le Concile de Sens défend de célébrer les mariages, *niſi poſt ortum ſolem, & illuſceſſentem diem*; *can.* 39.

373. 4°. Enfin, le Curé doit, dans la célébration du mariage, obſerver toutes les cérémonies, & réciter toutes les prieres qui ſont preſcrites par le Rituel du Diocèſe; mais l'omiſſion de ces cérémonies ou prieres, ne rend pas le mariage nul: le Curé qui les a omiſes eſt ſeulement ſujet en ce cas à être puni par le Supérieur Eccléſiaſtique.

## CHAPITRE III.

### *De l'Acte qui doit être dreſſé pour établir la preuve du mariage.*

374. SUIVANT l'Ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art* 8, & la Déclaration du Roi du 9 Avril 1736, les Curés doivent avoir chacun dans leur Paroiſſe un double regiſtre pour y inſcrire les actes de baptêmes, ſépultures & mariages. Ils doivent faire coter & parapher l'un & l'autre exemplaire, par premiere & derniere page, par le Juge royal du lieu. L'un des exemplaires lui doit reſter, & l'autre être envoyé après l'année révolue, au Greffe de la Juſtice royale, où il doit reſter en dépôt.

Après la mort du Curé, le Juge doit appoſer les ſcellés ſur ces regiſtres, qui doivent être remis à ſon ſucceſſeur qui doit s'en charger.

375. Le Curé ou autre Prêtre qui célebre un mariage, doit, après qu'il l'a célébré, inſcrire ſur-le-champ l'acte de célébration ſur ce double regiſtre. Cet acte doit contenir les noms, ſurnoms, âges, demeures, & qualités des parties contractantes, & il doit faire mention s'ils ſont enfans de famille, ou ſous puiſſance de tuteurs, ou en leurs droits.

Il doit auſſi faire mention des témoins en préſence deſquels il a été célébré, qui doivent être au moins quatre qui ſachent ſigner, qui aient les qualités requiſes pour être témoins dans les actes publics, c'eſt-à-dire, qui ſoient mâles, âgés de vingt ans au moins, domiciliés, jouiſſant de l'état civil, & non notés d'infamie. Il doit auſſi déclarer s'ils ſont parens des parties contractantes, & à quel degré.

Enfin, il doit faire ſigner l'acte par les parties contractantes, ou faire mention qu'elles ne ſavent pas ſigner. Il doit auſſi le faire ſigner par les témoins, & le ſigner lui-même.

376. Cet acte eſt un acte public. Le Curé ou le Prêtre qui tient ſa place,

fait en cela une fonction publique que nos Loix lui attribuent ; & comme elle appartient à l'ordre civil, il en eſt comptable au Juge ſéculier.

Quoique les Religieux aient perdu l'état civil, & ſoient en conſéquence incapables de toutes fonctions civiles, & à plus forte raiſon des fonctions publiques, néanmoins un Religieux-Curé eſt dans ſa Paroiſſe compétent pour faire ces actes ; car ſa qualité de Curé lui rend l'état civil, ſeulement quant aux droits & fonctions qui dépendent de cette qualité.

Il en eſt de même d'un Religieux commis par l'Evêque pour le deſſerviſſement d'une Cure.

377. S'il s'étoit gliſſé quelqu'erreur dans l'acte de célébration de mariage, le Curé ne pourroit pas de ſon autorité la réformer : lorſque l'acte eſt une fois achevé, il ne peut y toucher ni rien changer. On doit pour la réformation ſe pourvoir devant le Juge royal du lieu, qui, après avoir oui ſommairement les témoins néceſſaires pour la juſtification de l'erreur qui s'eſt gliſſée dans l'acte, dont il fait rédiger un procès-verbal, rend ſon Ordonnance pour la réformation. Le Curé à qui cette Ordonnance eſt apportée par la partie qui l'a obtenue, doit la tranſcrire, au moins par extrait, en marge de l'acte.

378. Ce ſont ces actes qui ſont la preuve des mariages, & qui établiſſent les parentés qui en naiſſent. Néanmoins s'il étoit conſtaté que les regiſtres ont été perdus, ou que le Curé n'en a pas tenu, la preuve en ce cas pourroit s'en faire tant par témoins que par les regiſtres & papiers domeſtiques des pere & mere décédés ; *Ordonnance de 1667, tit. 20, article 14.*

La raiſon eſt que le mariage étant parfait par le conſentement que les parties ſe donnent en préſence de leur Curé avant que l'acte ait été rédigé, il s'enſuit qu'il n'eſt pas de l'eſſence du mariage, & qu'il n'eſt requis que pour la preuve du mariage. Lorſque la preuve que fait cet acte, devient impoſſible, il eſt juſte d'avoir recours à des preuves d'une autre nature.

# CINQUIEME PARTIE.

## *Des Obligations qui naiſſent du Mariage ; & des effets civils qu'il produit.*

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des obligations qui naiſſent du mariage.*

#### ARTICLE PREMIER.

*Des obligations que les perſonnes qui ſe marient, contractent l'une envers l'autre par le mariage.*

379. LES perſonnes qui ſe marient, contractent par le mariage, réciproquement l'une envers l'autre, l'obligation de vivre enſemble dans une union perpétuelle & inviolable, pendant tout le temps que durera le mariage, qui ne doit finir que par la mort de l'une des parties ; & en conſéquence, de ſe regarder réciproquement comme n'étant en quelque façon qu'une même perſonne, *erunt duo in carne unâ.*

#### §. I.

*Obligations du Mari.*

380. Le mari eſt obligé en conſéquence, de recevoir chez lui ſa femme, de l'y traiter maritalement ; c'eſt-à-dire, de lui fournir tout ce qui eſt néceſſaire pour les beſoins de la vie, ſelon ſes facultés & ſon état. Il eſt obligé d'aimer ſa femme, de ſupporter ſes défauts, de faire de ſon mieux pour les corriger par les voies de douceur ; d'avoir pour elle une complaiſance raiſonnable, ſans néanmoins favoriſer ſes mauvaiſes inclinations. Lorſque ni lui ni ſa femme n'ont pas de biens pour ſe procurer les choſes néceſſaires à la vie, il eſt obligé de travailler aux ouvrages auxquels il eſt propre, pour lui gagner ſa vie autant que pour gagner la ſienne. Enfin, il eſt obligé envers ſa femme au devoir conjugal, lorſqu'elle le lui demande, & à n'avoir commerce charnel avec aucune autre femme, contre la foi qu'il lui a donnée.

381. De l'obligation que contracte le mari envers ſa femme de la recevoir chez lui, & de l'y traiter maritalement, naît une action civile que la femme, lorſque ſon mari l'a chaſſée de chez lui, & refuſe de l'y recevoir, peut intenter en Juſtice contre lui pour l'y faire condamner. Si le mari re-

fuſoit d'obéir à la Sentence qui l'y auroit condamné, la femme ſeroit fondée à demander que le Juge décernât contre le mari un exécutoire d'une ſomme d'argent, telle que le Juge eſtimeroit convenable, au paiement de laquelle il ſeroit contraint, faute d'obéir à la Sentence.

Ce refus pourroit auſſi ſervir de fondement à une demande en ſéparation d'habitation, ſi la femme jugeoit à propos de l'intenter.

Les autres obligations du mari envers ſa femme, que nous avons rapportées, concernent plutôt le for de la conſcience, que le for extérieur.

## §. II.

### *Obligations de la Femme.*

382. La femme, de ſon côté, contracte envers ſon mari l'obligation de le ſuivre par-tout où il jugera à propos d'établir ſa réſidence ou ſa demeure, pourvu néanmoins que ce ne ſoit pas hors le Royaume. Elle doit l'aimer, lui être ſoumiſe, lui obéir dans toutes les choſes qui ne ſont pas contraires à la loi de Dieu, & ſupporter ſes défauts; travailler de tout ſon pouvoir au bien commun du ménage. Enfin, elle eſt obligée envers ſon mari au devoir conjugal lorſqu'il le demande, à n'avoir de commerce charnel avec un autre homme, contre la foi qu'elle a donnée à ſon mari, & à n'accorder aucunes faveurs de cette eſpece.

383. De l'obligation que la femme contracte par le mariage de ſuivre ſon mari, naît une action que le mari a droit de former en Juſtice contre ſa femme lorſqu'elle l'a quitté, pour la faire condamner à retourner avec lui. La femme ne peut rien oppoſer pour ſe défendre de cette demande. Par exemple, elle n'eſt pas écoutée à oppoſer que l'air du lieu où eſt ſon mari eſt contraire à ſa ſanté; qu'il y regne des maladies contagieuſes. Elle ne l'eſt pas même à alléguer les mauvais traitemens qu'elle prétendroit que ſon mari auroit exercés ſur elle, à moins qu'elle n'eût donné une demande en ſéparation d'habitation, pour raiſon deſdits mauvais traitemens.

Le mari a non-ſeulement action contre ſa femme pour la faire condamner à retourner chez lui, il a auſſi action contre les perſonnes chez qui ſa femme s'eſt retirée, quelles que ſoient ces perſonnes, fût-ce le pere ou la mere de ſa femme, pour les faire condamner à la renvoyer.

## ARTICLE II.

### *Des obligations que le mariage produit dans les Pere & Mere envers les enfans qui en naiſſent; & de celles qu'il produit dans les enfans envers leurs Pere & Mere.*

## §. I.

### *Obligations des Pere & Mere.*

384. Les perſonnes qui ſe marient, contractent par le mariage une obligation mutuelle d'élever les enfans qui naîtront de leur mariage; de leur

fournir les alimens néceſſaires, & de leur donner une éducation convenable, juſqu'à ce qu'ils ſoient en état de pourvoir par eux-mêmes à leur ſubſiſtance. S'il ſe trouvoit des peres & meres qui fuſſent aſſez dénaturés pour manquer à ce devoir, le Miniſtere public, ſur la dénonciation des parens, pourroit les pourſuivre, pour, après information des mauvais traitemens, & du refus des choſes néceſſaires, faire ordonner par le Juge ce qu'il eſtimeroit convenable d'ordonner.

Les mauvais traitemens peuvent quelque-fois être ſi grands, & le refus des choſes néceſſaires porté à un tel point, qu'il ſeroit dangereux de renvoyer les enfants chez les pere & mere. Le Juge peut en ce cas en confier l'éducation à quelque perſonne de la famille, & condamner les pere & mere à payer la penſion.

385. Quoique l'obligation des pere & mere ceſſe lorſque les enfans ſont parvenus à l'âge de pourvoir par eux-mêmes à leurs beſoins, néanmoins lorſqu'un enfant qui eſt parvenu à cet âge, ſe trouve depuis tombé dans l'indigence, & que ſes infirmités ne lui permettent pas de pouvoir par ſon travail ſe procurer ſes aliments, l'obligation des peres & meres renaît; & ſur la demande que cet enfant peut en ce cas former contr'eux, ils doivent être condamnés à lui fournir les alimens néceſſaires, ſelon leur moyen: *Pius ita reſcripſit: aditi judices ali te à patre tuo jubemus pro modo facultatum ejus, ſi modo cum opificem te eſſe dicas, in eâ valetudine es, ut operi ſufficere non poſſis*; L. 5, §. 7, ff. *de agnoſc. & alend. lib.*

Un enfant eſt reçu à cet demande, quand même ſes pere & mere lui auroient donné une ſomme d'argent, ou d'autres choſes, pour ſe former un établiſſement, qu'il auroit diſſipé par ſa mauvaiſe conduite; ſon état préſent d'indigence eſt ſuffiſant pour fonder ſa demande.

Il n'y a qu'une offenſe conſidérable que l'enfant auroit commiſe envers ſes pere & mere, du nombre de celles pour leſquelles les loix prononcent la peine de l'exhérédation, qui puiſſe dans le for extérieur rendre l'enfant non-recevable dans cette demande; *d. L.* 5, §. 11: mais même dans ce cas, ſelon le for de la conſcience, ils ne peuvent pas refuſer à leurs enfans les alimens néceſſaires; ce ſeroit ſe rendre en quelque façon coupable d'homicide devant Dieu: *necare videtur & is qui alimenta denegat*: *L.* 4, ff. *d. tit.*

386. Cette obligation de fournir aux enfans les alimens néceſſaires, eſt une charge de la communauté de biens, tant qu'il y en a une qui ſubſiſte entre le pere & la mere. Lorſqu'il y a ſéparation de biens, chacun y doit contribuer pour moitié, s'ils en ont l'un & l'autre le moyen; ſinon, celle des deux parties qui a le moyen, en eſt tenue ſeule pour le total.

387. L'obligation des pere & mere envers leurs enfans, s'étend auſſi à leurs petits-enfans, mais elle n'eſt que ſubſidiaire; c'eſt-à-dire, qu'elle n'a lieu que dans le cas auquel ces petits-enfans n'auroient ni pere ni mere qui fuſſent en état de ſubvenir à leurs beſoins.

388. Une autre obligation des peres & meres envers leurs enfans, eſt celle de leur laiſſer une certaine portion des biens de leur ſucceſſion, qu'on appelle *la légitime*, s'ils ne la leur ont déja donnée de leur vivant en avancement de leur ſucceſſion.

## §. II.

### *Obligations des enfans.*

389. Les enfans ſont obligés, de leur côté, d'aimer & d'honorer leurs pere & mere, de leur obéir, & de les aſſiſter dans leurs beſoins, ſelon leur moyen.

L'obéiſſance que les enfans doivent à leurs pere & mere, eſt ſans bornes, tant que dure la puiſſance paternelle. Ils doivent pendant ce temps obéir à leurs pere & mere dans toutes les choſes qu'ils leur commandent, pourvu que ce qu'ils leur commandent ne ſoit pas contraire à la loi de Dieu : mais lorſque les enfans ſont ſortis de la puiſſance paternelle, qui finit dans le pays coutumier par la majorité des enfans, ou par le mariage qu'ils ont contracté de leur conſentement, en ce cas, ils peuvent vivre dans l'indépendance de leurs pere & mere, pourvu qu'ils ne s'écartent pas du reſpect qu'ils leur doivent, & qu'ils aient une complaiſance raiſonnable pour leurs volontés.

Les devoirs des enfans envers leurs pere & mere, les obligent à ne point contracter mariage ſans leur conſentement; & quoique, lorſqu'ils ont atteint l'âge preſcrit par les loix, il leur ſuffiſe de le requérir, & qu'ils puiſſent, lorſqu'ils l'ont requis dans les formes, ſe marier impunément dans le for extérieur, ſans l'avoir obtenu ; néanmoins, ſelon les regles du for de la conſcience, ils ne doivent pas le faire ſans de très-grandes raiſons, ſur-tout lorſqu'ils ſont à portée de faire un mariage convenable avec quelqu'autre perſonne qui ſeroit agréable à leurs pere & mere. Les devoirs naturels de déférence dont les enfans ſont tenus envers eux, s'étendent juſques-là.

390. De l'obligation en laquelle ſont les enfans d'aſſiſter leurs pere & mere dans leurs beſoins, lorſqu'ils en ont le moyen, naît une action que les pere & mere qui ſont dans l'indigence, peuvent former en Juſtice contre leurs enfans, pour les faire condamner à leur fournir les alimens dont ils ont beſoin : *iniquiſſimum enim quis meritò dixerit, patrem egere cùm filius ſit in facultatibus* ; *d.* L. 5, §. 13.

La corruption des mœurs, qui eſt allée toujours en croiſſant, & qui eſt aujourd'hui parvenue à ſon comble, rend, à la honte de l'humanité, très-fréquentes au Palais, ces demandes, qui autrefois y étoient inouies.

Pour qu'elles procedent, il faut que deux choſes concourent : 1° il faut que les pere & mere ſoient ſans bien, & hors d'état de pouvoir, par leur travail ou leur induſtrie, ſe procurer les alimens néceſſaires. 2°: il faut que les enfans ſoient en état de les leur fournir.

De-là il ſuit que lorſqu'un pere & une mere qui ont un peu de bien, qu'ils prétendent n'être pas ſuffiſant pour les faire vivre, demandent à leurs enfans des alimens, il faut, pour qu'ils ſoient écoutés dans cette demande, qu'ils offrent d'abandonner à leurs enfans ce peu de bien qui leur reſte, à l'exception des meubles néceſſaires pour leur uſage, à la charge par leurs en-

fans d'acquitter, jusqu'à concurrence desdits biens abandonnés, les dettes par eux contractées jusqu'à l'abandon qu'ils en font.

Sur cette demande, les enfans, lorsqu'ils sont en état de payer une pension à leurs pere & mere, doivent être condamnés à la leur payer par quartiers & par avance: le Juge doit arbitrer cette pension, eu égard aux facultés des enfans, à la condition des pere & mere, & à l'état de leurs infirmités.

391. Lorsque les enfans ne sont pas assez à leur aise pour pouvoir payer une pension à leurs pere & mere, si ces enfans tiennent un ménage, ils doivent être condamnés à recevoir en leur maison leurs pere & mere, & les admettre à leur table & à leur feu, & à avoir pour eux les égards & les soins qui leur sont dus.

Lorsqu'il y a plusieurs enfans, si chacun d'eux a le moyen de payer toute la pension, ils doivent être condamnés solidairement à la payer. Cette dette est solidaire, lorsque chacun des enfans a le moyen de payer toute la pension; car chaque enfant considéré seul, lorsqu'il en a le moyen, est obligé, par le droit naturel, de fournir à son pere tout ce qui lui est nécessaire pour vivre, & non pas seulement une partie de ce qui lui est nécessaire. Le concours des autres enfans qui ont le moyen, comme lui, lui donne bien un recours contre eux, mais ne le dispense pas, vis-à-vis de son pere, de satisfaire pour le tout à cette obligation. Chaque enfant est donc, lorsqu'il en a le moyen, débiteur du total: *solidum à singulis debetur*; ce qui fait le caractere de la dette solidaire.

Mais comme les enfans ne sont tenus de cette dette, qu'autant & jusqu'à concurrence du moyen qu'ils ont, lorsqu'ils n'ont pas chacun le moyen de payer toute la pension, mais seulement d'y contribuer pour une partie, ils ne doivent être condamnés à la payer chacun que pour une partie.

Les enfans, lorsqu'ils ont tous le moyen, sont condamnés à payer la pension solidairement vis-à-vis de leur pere, & entr'eux, chacun par portions égales: mais lorsque quelqu'un des enfans n'a pas le moyen de contribuer à la pension par une portion égale à celle des autres, mais seulement à une somme au-dessous de cette portion, il ne doit être condamné à contribuer à la pension, que pour la somme à laquelle se bornent ses moyens; les autres enfans, qui sont à leur aise, doivent être chargés du surplus. Par exemple, si le Juge a fixé à six cents livres la pension d'un pere qui a trois enfans, dont deux sont à leur aise, & en état chacun de payer toute la pension, & un est mal-aisé, qui ne peut, en se gênant, contribuer à la pension que pour une somme de cent livres, le Juge, en ce cas, doit condamner solidairement les deux enfans riches à payer la somme de six cens livres, & l'enfant mal-aisé à y contribuer pour une somme de cent livres.

Lorsque parmi les enfans, il y en a qui ne sont pas en état de contribuer en rien à la pension, ceux qui sont en état de la payer, en doivent être seuls chargés.

Lorsque les enfans n'ont pas le moyen de payer une pension, & sont seulement en état de recevoir leurs pere ou mere dans leurs maisons & à leur table; si c'est le pere seul ou la mere seule qui demande des alimens, les

les enfans doivent être condamnés à recevoir chez eux, chacun à leur tour, leur pere ou leur mere, pendant une certaine partie de l'année, à commencer par l'aîné des enfans: par exemple, s'ils ſont quatre enfans, on les condamne à les recevoir, tour-à-tour, chacun pendant trois mois de l'année.

Lorſque le pere & la mere demandent l'un & l'autre des alimens; comme la charge des deux en même-temps pourroit être trop conſidérable, on peut la partager entre les enfans, en chargeant les uns du pere, & les autres de la mere.

Lorſque parmi les enfans il y en a qui ne tiennent pas de ménage, qui ſont, par exemple, des domeſtiques, ou des perſonnes qui vont en journées; ſi le Juge trouve qu'ils ſont en état de contribuer en quelque choſe aux alimens de leurs pere & mere, il doit les condamner à payer une modique ſomme, telle qu'il arbitrera pour leur quote-part des alimens de leurs pere & mere, à ceux des enfans qui ſe ſont charges de les fournir & d'avoir leurs pere & mere chez eux.

Un enfant qui n'a pas été doté, & qui n'a rien reçu de ſes pere & mere, peut-il, ſur ce prétexte, ſe diſpenſer de contribuer aux alimens de ſes pere & mere lorſqu'il en a le moyen, & rejetter cette charge ſur ceux qui ont été dotés? Non; car ce n'eſt pas la dot qu'un enfant a reçue de ſes pere & mere, qui eſt la cauſe d'où naît l'obligation en laquelle il eſt de fournir des alimens à ſes pere & mere; ſa qualité d'enfant, & l'état d'indigence de ſes pere & mere, & le moyen qu'il a d'y ſubvenir, ſont les ſeules cauſes de cette obligation, leſquelles ne ſe rencontrent pas moins dans les enfans qui n'ont pas été dotés, que dans ceux qui l'ont été.

392. Les enfans ne ſont obligés à fournir à leurs pere & mere que les choſes néceſſaires à la vie; ils ne ſont pas obligés à payer leurs dettes: *Parens quamvis ali à filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non eſſe cogendum exſolvere reſcriptum eſt;* L. 5, §. 16, ff. *de agnoſc. liberis.*

393. De même que nous avons vu *ſuprà*, *n.* 387, que l'obligation en laquelle ſont les pere & mere de donner les alimens à leurs enfans, s'étend à leurs petits-enfans, mais ſubſidiairement ſeulement: de même l'obligation en laquelle ſont les enfans de donner des alimens à leurs pere & mere, s'étend à leur aïeul, biſaïeul, & autres parens de la ligne directe & aſcendante, mais ſubſidiairement; c'eſt-à-dire, au cas que les perſonnes par leſquelles l'enfant en deſcend, ou ne vivent plus, ou ne ſoient pas en état d'y ſubvenir.

## §. III.

### *Des obligations reſpectives des Peres & Meres, & de leurs enfans bâtards.*

394. L'obligation en laquelle ſont les pere & mere de nourrir leurs enfans, comprend même ceux qui ſont nés d'unions illicites & de fornications. Lorſqu'une fille ou une veuve eſt groſſe des faits d'un homme, ſur la plainte qu'elle forme contre lui, & ſur l'intervention du miniſtere public, cet homme, s'il en convient, ou s'il en eſt convaincu, doit être condamné à

ſe charger de l'enfant; à le faire élever dans la Religion, & à lui fournir les alimens néceſſaires; à en rapporter certificat tous les trois mois au Procureur du Roi, & à lui faire apprendre un métier, lorſqu'il ſera en état d'en apprendre un, pour le mettre en état de gagner ſa vie.

Lorſque l'homme dénie avoir eu commerce avec la fille, la preuve que la fille fera par témoins que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle, ſuffit pour le faire préſumer, & le faire en conſéquence condamner à ſe charger de l'enfant.

Lorſque le pere n'eſt pas connu, ou lorſqu'il n'a pas le moyen, c'eſt la mere qui doit être chargée de l'enfant.

395. *Vice verſâ*, un bâtard eſt obligé, même dans le for extérieur, lorſqu'il en a le moyen, de fournir à ſes pere & mere qui ſont dans l'indigence, & hors d'état de gagner leur vie, les alimens néceſſaires, lorſque les pere & mere n'ont pas des enfans légitimes qui ſoient en état de leur en fournir.

# CHAPITRE II.

## *Des effets civils du Mariage.*

NOUS verrons dans un premier Article, quels ſont les effets civils du mariage: Nous traiterons dans un ſecond, de la légitimation des enfans nés avant le mariage, qui eſt un des principaux effets civils du mariage: Dans un troiſieme, nous trairerons de certains mariages, qui, quoique valables, ſont privés des effets civils: Dans un quatrieme, de la bonne foi qui donne les effets civils à un mariage nul.

### ARTICLE PREMIER.

### *Quels ſont les effets civils du mariage.*

396. Les effets civils du mariage ſont, 1°. qu'il confirme toutes les conventions matrimoniales, & donations portées au contrat de mariage; car toutes ces conventions & donations dépendent d'une condition tacite, *ſi nuptiæ ſequantur*; laquelle ne peut recevoir ſon accompliſſement que par un mariage qui ait les effets civils. Lorſque le mariage n'eſt pas valablement contracté entre les parties qui ont fait le contrat de mariage, ou lorſque, quoique valablement contracté, il n'a pas les effets civils, toutes les conventions & donations portées au contrat de mariage, ſont de nul effet, *ex defectu conditionis*. Au reſte, l'homme doit rendre à ſa femme, ou à ſes héritiers, tout ce qu'il a reçu d'elle, parce qu'il ſe trouve l'avoir reçu ſans titre, & n'avoir aucun titre pour le retenir.

Ce n'eſt pas par *l'action de dot* qu'il eſt tenu à cette reſtitution; car il n'y a pas de dot où il n'y a pas un mariage qui ait les effets civils: *Dos ſine nuptiis eſſe non poteſt*; mais il en eſt tenu par l'action qu'on appelle en Droit *Condictio ſine cauſâ*.

397. 2°. Dans nos Coutumes qui établiſſent une communauté de biens entre mari & femme, quoiqu'elle n'ait pas été ſtipulée, cette communauté qui a lieu entre un mari & une femme qui n'ont point de contrat de mariage par lequel ils l'aient ſtipulée, eſt un des effets civils du mariage: il en eſt de même du douaire.

398. 3°. L'affinité civile que chacun des conjoints par le mariage contracte avec les parens de l'autre conjoint, eſt encore un des effets civils du mariage.

Il eſt vrai que quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, & même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, le commerce charnel de l'homme & de la femme, produit une affinité entre chacun d'eux, & les parens de l'autre; mais cette affinité, purement naturelle, n'a d'autre effet que de former un empêchement dirimant de mariage dans certains degrés, comme nous l'avons vu *ſuprà*. Il n'y a que les mariages qui ont les effets civils, qui forment une affinité civile qui ſoit reconnue dans les différens actes de la ſociété civile.

399. 4°. La puiſſance paternelle ſur les enfans qui naiſſent du mariage, eſt auſſi un des effets civils du mariage, auſſi-bien que les droits de garde qui en ſont comme une ſuite. Cette puiſſance, par le Droit de nos Provinces, très-différent en cela du Droit Romain, eſt commune au pere & à la mere, ſauf que le pere l'exerce ſeul tant qu'il vit. Nous traiterons de cette puiſſance dans un Traité particulier.

Il eſt vrai que quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, & même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, les enfans ne laiſſent pas d'être tenus aux devoirs naturels envers leurs pere & mere; mais il n'y a qu'un mariage qui a les effets civils, qui donne aux peres & meres le droit de puiſſance paternelle dans toute ſon étendue.

400. 5°. Un effet civil du mariage, propre au mari, eſt le droit de puiſſance maritale qu'il acquiert ſur la perſonne & les biens de ſa femme: il fera auſſi la matiere d'un Traité particulier.

401. 6°. Un des effets civils du mariage, qui concerne particuliérement la femme, eſt que la femme acquiert par le mariage le nom de ſon mari; ce qui eſt fondé ſur ce qu'elle n'eſt plus cenſée faire avec ſon mari qu'une ſeule perſonne, dont il eſt le chef, *erunt duo in carne unâ.*

402. 7°. Un des effets civils du mariage, fondé ſur la même raiſon que le précédent, eſt que la femme par le mariage, ſuit la condition de ſon mari; quoiqu'elle fût de condition roturiere, elle devient noble par le mariage qu'elle contracte avec un homme noble: elle participe à tous les titres de ſon mari. Si ſon mari eſt Duc, Marquis, Comte, Baron, *&c.* elle devient, en l'épouſant, Ducheſſe, Marquiſe, Baronne, *&c.* elle participe à tous les rangs, honneurs, préſéances & prééminences de ſon mari: elle conſerve même après la diſſolution du mariage, la nobleſſe & les titres de ſon mari, tant qu'elle demeure en viduité.

*Vice verſâ.* Lorſqu'une femme noble épouſe un homme d'une condition roturiere, elle perd ſa nobleſſe pendant que le mariage dure, & elle eſt cenſée être de même condition que ſon mari; mais après la diſſolution du mariage,

elle reprend sa noblesse qui avoit été comme éclipsée par l'interposition de la personne de son mari.

Observez néanmoins, que si elle avoit fait pendant son mariage quelques actes dérogeans à noblesse, *putà* un commerce en détail, il lui faudroit des lettres de réhabilitation pour pouvoir reprendre sa noblesse.

403. 8°. Un autre effet civil du mariage, fondé encore sur les mêmes raisons que les précédentes, est que la femme, en se mariant, perd son domicile, & acquiert celui de son mari, & cela aussi-tôt que le mariage a reçu sa perfection par la bénédiction nuptiale, avant qu'elle soit allée dans le lieu du domicile de son mari.

C'est pourquoi, lorsqu'une femme épouse un homme d'une différente Province, elle cesse dès l'instant qu'elle est mariée, d'être sujette aux Loix de sa Province, & elle devient sujette aux Loix de la Province de son mari.

404. 9°. C'est encore un effet civil du mariage, que la femme acquiert par le mariage, dans le cas auquel elle survivra son mari, un droit de douaire sur les biens de son mari, tel que les différentes Coutumes où les biens sont situés, le lui accordent. Nous devons donner un Traité particulier sur ce droit de douaire.

405. 10°. Un effet civil du mariage, est qu'il donne aux enfans qui en naissent, aussi-tôt qu'ils sont nés, la noblesse de leur pere, pourvu que ce ne fût pas une noblesse qui ne lui fût que personnelle.

Mais lorsque le pere n'est pas noble, quoique la mere le soit, les enfans ne participent pas à la noblesse de leur mere; car les enfans suivent à cet égard la condition de leur pere.

406. 11°. Le mariage qui a les effets civils, donnent aussi aux enfans qui en naissent, les droits de famille de leurs pere & mere, tels que sont les armoiries, les droits de sépulture, les droits de chapelle, les droits de patronage; *&c.*

Observez néanmoins, à l'égard des droits de famille de la mere, que les enfans n'ont ces droits que lorsque la personne qui les a acquis, les a acquis pour toute sa postérité, sans les restreindre à ses descendants par mâles.

407. 12°. Le principal droit de famille que le mariage qui a les effets civils donne aux enfans qui en naissent, est le droit de parenté civile, non-seulement avec leurs pere & mere, mais avec tous les parens de leur pere, & tous ceux de leur mere. Il naît bien une parenté des unions illégitimes, mais cette parenté n'est qu'une parenté naturelle.

Il n'y a que les mariages qui ont les effets civils, qui produisent une parenté civile.

Cette parenté civile donne aux parens entr'eux le droit de succession active & passive, le droit de retrait lignager. C'est aussi un droit qui résulte tant de la parenté civile que de l'affinité civile, que lorsqu'une personne a besoin de tuteur ou curateur, ses parens & affins sont obligés de nommer pour remplir cette charge, un d'entr'eux, qui doit l'accepter, s'il n'a pas une excuse légitime.

408. 13°. Le droit de légitime qu'ont les enfans dans les successions de leurs pere & mere, & le droit de douaire qu'ont les enfans dans les biens

de leur pere, dans les Coutumes qui accordent ce droit aux enfans, ſont auſſi des effets civils du mariage, ces droits ne pouvant être prétendus que par des enfans nés d'un mariage qui a les effets civils.

14°. Enfin, un des principaux effets civils du mariage, eſt celui qu'il a de légitimer les enfans nés d'un commerce que les parties ont eu enſemble avant leur mariage. Nous en allons traiter avec étendue dans l'article ſuivant.

## ARTICLE II.

### *De la légitimation que le mariage opere des enfans nés du commerce que les parties ont eu enſemble auparavant.*

Nous verrons, 1°. d'où cette légitimation tire ſon origine, & ſur quelles raiſons elle eſt fondée : 2°. Quels enfans peuvent être ainſi légitimés : 3°. Quels mariages peuvent opérer cette légitimation : 4°. Comment elle ſe fait : 5°. Quels en ſont les effets.

### §. I.

### *De l'origine de la légitimation qui ſe fait par le mariage ; & des raiſons ſur leſquelles elle eſt fondée.*

La légitimation des enfans *per ſubſequens matrimonium*, tire ſa premiere origine d'une conſtitution de l'Empereur Conſtantin, qui ne nous eſt pas parvenue, mais dont la teneur nous eſt rapportée par l'Empereur Zénon en la Loi 5, *Cod. de Nat. lib.*

Cette Loi rapporte que l'Empereur Conſtantin avoit fait une conſtitution, ſuivant laquelle, lorſqu'un homme avoit des enfans naturels d'une femme de condition ingénue, qu'il avoit à titre de concubine, & qu'il n'avoit aucuns enfans légitimes d'un mariage légitime qu'il auroit auparavant contracté avec une autre femme, le mariage légitime qu'il contractoit avec la femme qu'il n'avoit eu d'abord qu'à titre de concubine, non-ſeulement donnoit à cette femme le titre & les droits de femme légitime, *juſta uxor* ; mais donnoit pareillement le titre & tous les droits d'enfans légitimes aux enfans qu'il avoit eus de cette femme pendant qu'elle n'étoit encore que concubine, de même que s'ils fuſſent nés durant le mariage, leſquels en conſéquence étoient *ſui hæredes*, & ſuccédoient à leur pere, même avec les autres enfans nés durant le mariage, concurremment & ſans aucune diſtinction.

L'Empereur Zénon, par cette Loi 5, ordonne l'exécution de la conſtitution de Conſtantin à l'égard ſeulement des enfans nés ; mais il l'abroge à l'égard de ceux qui naîtront par la ſuite *ex concubinatu*, & ne permet pas qu'ils puiſſent être légitimés par le mariage légitime que leur pere contracteroit depuis avec leur mere, le pere devant s'imputer de n'avoir pas contracté d'abord avec elle un mariage légitime,

409. Il paroît que depuis on rétablit la légitimation que Zénon avoit abrogée ; mais on y apportoit des reſtrictions. Les uns vouloient que les enfans nés *ex concubinatu*, ne fuſſent légitimés & admis *tanquam ſui heredes* à

la succeſſion de leur pere, que dans le cas auquel il n'y auroit eu aucun enfant né du mariage que leur pere avoit depuis contracté avec leur mere. Les autres apportoient une reſtriction toute oppoſée, & vouloient qu'il n'y eût lieu à la légitimation que lorſqu'il y avoit des enfans nés de ce mariage, par leſquels les droits de *ſui heredes* fuſſent communiqués à ceux nés auparavant. Juſtinien par les Loix 10 & 11, *Cod. d. tit.* a condamné ces deux reſtrictions, & rétabli le droit de Conſtantin ſur la matiere de cette légitimation.

Il l'a même étendu depuis par ſes Novelles en deux points: 1°. en ce que, ſuivant le Droit de Conſtantin, les enfans nés d'une concubine, ne pouvoient être légitimés par le mariage légitime que leur pere contractoit depuis avec elle, que dans le cas auquel leur pere n'avoit alors aucuns enfans légitimes: au contraire, Juſtinien par ſa Novelle 12, *cap.* 4, ordonne que même dans le cas auquel un homme auroit des enfans d'un mariage légitime avec une autre femme, qui auroit été diſſous, avant qu'il eût ſa concubine, il puiſſe en contractant un mariage légitime avec ſa concubine, rendre légitimes les enfans qu'il a d'elle.

2°. Au lieu que par le Droit de Conſtantin, il n'y avoit que les enfans nés d'une concubine de condition ingénue, qui pouvoient être ligitimés par le mariage légitime que leur pere contractoit depuis avec leur mere. Juſtinien, par ſa Novelle 18, *cap. fin.*, veut que les enfans nés d'une concubine de condition affranchie, aient le même avantage: il veut même que lorſqu'un homme a eu à titre de concubine ſon eſclave dont il a eu des enfants, il puiſſe, après avoir donné la liberté à cette femme & aux enfans qu'il a eu d'elle, & après leur avoir obtenu du Prince les droits d'ingénuité, contracter un mariage légitime avec cette femme, & par ce mariage rendre légitimes les enfans qu'il avoit eu d'elle auparavant. Il ne permet néanmoins de légitimer ainſi les enfans nés dans l'eſclavage, que lorſqu'il n'y a aucun enfant légitime d'une autre femme.

Par la Novelle 78, *cap.* 3 & 4, il diſpenſe d'obtenir du Prince les droits d'ingénuité pour les enfans, & il veut que, ſans même qu'il ſoit beſoin que leur pere leur accorde expreſſément la liberté, ils deviennent libres & enfans légitimes de plein droit par le mariage légitime que leur pere contracte avec leur mere.

Il paroît même, par les termes généraux dans leſquels eſt conçue cette Novelle, qu'elle n'exige plus pour la légitimation des enfans nés dans l'eſclavage, que leur pere n'eût pas d'enfant légitime d'une autre femme.

410. Le Droit canonique a encore enchéri ſur les Loix Romaines. Ce n'étoit qu'aux enfans nés *EX CONCUBINATU*, qui étoit une union permiſe par les Loix, & un vrai mariage naturel, *ſuprà*, *n.* 7, que les Loix Romaines accordoient le droit d'acquérir le titre & les droits d'enfans légitimes, par le mariage légitime que contractoient depuis enſemble leur pere & leur mere. Ce n'eſt que de ces enfans nés *ex concubinatu*, qu'ont parlé toutes les Loix que nous avons rapportées; & il n'y en a aucune qui ait accordé le même droit aux enfans nés d'une union illicite, telle que la fornication.

C'eſt pourquoi les Loix Romaines ſur cette matiere, ne peuvent guere recevoir d'application dans notre Droit François, qui a rejetté le *concubina-*

*tus*, & qui ne permet aucune autre union entre un homme & une femme, que le mariage légitime.

Le Droit canonique a été plus indulgent pour la légitimation des enfans nés avant le mariage par le mariage ſubſéquent de leurs pere & mere : il veut que les enfans, quoique nés d'une union illicite, telle qu'eſt la fornication, ſoient légitimés par le mariage légitime que contractent depuis enſemble leurs pere & mere, pourvu que lors du commerce dont ils ſont nés, leurs pere & mere aient été capables de contracter mariage enſemble.

La couleur que le Droit canonique donne à cette légitimation, eſt qu'il ſuppoſe que lorſque les pere & mere de ces enfans ont eu enſemble le commerce charnel dont ils ſont nés, ils avoient dès lors intention de contracter mariage enſemble; que c'eſt la violence de la paſſion qu'ils avoient l'un pour l'autre, qui les a fait ſuccomber à la tentation d'en prévenir le temps; que ce commerce eſt une eſpece d'anticipation du mariage qu'ils ſe propoſoient alors de contractar, & qu'ils ont depuis effectivement contracté; que les enfans nés de ce commerce, doivent en conſéquence être regardés comme des fruits anticipés de ce mariage, & comme s'ils en étoient nés. C'eſt pour ces raiſons que le Pape Alexandre III, en ſa Décrétale, rapportée au ch. 6, *Ext. qui filii ſint legit.* dit : la force du mariage eſt ſi grande, qu'elle rend légitimes les enfans que les parties contractantes ont eus enſemble avant leur mariage : *tanta eſt vis matrimonii ut qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

Le Pape ne borne pas ſa déciſion, comme faiſoient les Loix Romaines, aux enfans nés *ex concubinatu*, qui ſans être une union légitime, étoit une union innocente & permiſe. Les termes généraux dans leſquels eſt conçu le principe qu'il établit, renferme tous les enfans nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage, quoiqu'il fût illicite, telle qu'eſt la fornication.

411. Il paroît qu'il a ſeulement voulu excepter du principe le cas auquel les parties, lors de l'habitude charnelle qu'elles ont eue enſemble, n'euſſent pas été capables de contracter alors mariage enſemble. C'eſt pourquoi il ajoute, que ſi un homme marié a eu, pendant ſon mariage, habitude charnelle avec une fille, il ne peut pas en épouſant cette fille après la diſſolution de ſon mariage, légitimer l'enfant né de cette habitude, parce qu'étant alors marié, il n'étoit pas libre: les parties n'étoient pas alors capables de contracter mariage enſemble : *ſi autem*, dit le Pape, *vir, vivente uxore ſuâ, aliam cognoverit, & ex ea prolem ſuſceperit, licèt poſt mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius... quoniam* (1) *matrimonium legitimum inter ſe contrahere non potuerunt.*

La raiſon de cette exception, eſt que la couleur qu'on donne à la légitimation, en ſuppoſant que le commerce charnel dont les enfans ſont nés, eſt intervenu en vue du mariage, & qu'il en eſt une eſpece d'anticipation,

(1) Ces derniers termes importans ont été mal-à-propos omis dans la collection de Grégoire IX, dans la vue d'abréger ; ils ſe trouvent dans les anciennes compilations.

*ſuprà*, *n. præced.* ne peut alors ſe rencontrer ; car lorſque les parties ſont incapables de contracter mariage enſemble, *putà* par rapport à ce que l'une d'elles eſt engagée dans un mariage avec une autre perſonne, on ne peut plus ſuppoſer que le commerce charnel qu'ils ont eu, eſt intervenu en vue du mariage qu'ils ſe propoſoient de contracter enſemble, puiſqu'elles étoient alors incapables de le contracter, & qu'elles ne pouvoient pas même décemment eſpérer d'en devenir capables par la ſuite.

412. Les principes du Droit canonique ſur l'effet qu'il donne au mariage, de légitimer les enfans nés du commerce charnel que les parties ont eu enſemble avant le mariage, ſont ſuivis dans notre Droit François, non par l'autorité des Décrétales en elles-mêmes : elles n'en ont aucune en France, ſurtout ſur une matiere telle que la légitimation des enfans, qui appartient à l'ordre politique, & n'eſt en aucune maniere de la compétence de la puiſſance Eccléſiaſtique ; mais l'équité & la faveur que ces principes renferment, nous les ont fait embraſſer.

Lorſqu'une fille a eu le malheur d'avoir habitude charnelle avec un homme, il eſt intéreſſant pour le bon ordre, que l'homme couvre cette faute, & répare l'honneur de la fille en l'épouſant. Mais comme il arrive ſouvent ou que l'homme ſe dégoûte de la fille pour qui il avoit eu d'abord de la paſſion, ou que ſans ſe marier ils continuent de vivre dans le déſordre, il étoit de la ſageſſe des Loix de fournir à l'homme des motifs qui le portaſſent à épouſer la fille avec qui il a eu habitude. C'eſt ce qu'a fait le Droit canonique, en donnant au mariage l'effet de légitimer les enfans nés du commerce charnel, que les parties ont eu auparavant le mariage. On ne pouvoit pas fournir à l'homme, qui a eu commerce avec une fille, un motif plus puiſſant pour le porter à l'épouſer. La tendreſſe que la nature inſpire à un pere pour ſes enfans naturels, le porte à leur procurer le titre & les droits d'enfans légitimes, lorſqu'il a un moyen pour les leur procurer, & par conſéquent à contracter avec leur mere un mariage légitime, qui eſt le ſeul moyen qu'il ait pour le leur procurer.

La ſageſſe du Droit canonique, qui par la légitimation des enfans *per ſubſequens matrimonium*, fournit à un homme qui a eu habitude charnelle avec une fille, le motif le plus puiſſant qu'on pût trouver pour le porter à l'épouſer, eſt donc évidente. Ces raiſons ont fait adopter dans notre Droit les principes du Droit canonique ſur cette matiere. Quelques-unes de nos Coutumes en ont des diſpoſitions. Troyes, *art.* 108, dit : » Les enfans nés » hors mariage, DE SOLUTO ET SOLUTA, puis, que le pere & la mere s'épouſent l'un l'autre, ſuccedent & viennent à partage avec les autres enfans, » ſi aucuns y a. » Sens, *art.* 92, a une ſemblable diſpoſition. C'eſt un Droit commun reçu dans tout le Royaume, que perſonne ne révoque en doute.

§. II.

## §. II.

### *Quels enfans peuvent être légitimés par le mariage que contractent leurs pere & mere ; & en quels cas.*

413. Il n'eſt pas douteux que lorſque les enfans nés avant le mariage, ſont vivans lors du mariage que contractent depuis leurs pere & mere, ce mariage en les légitimant, leur fait acquérir les droits de famille dans les familles de leurs pere & mere, non-ſeulement pour eux mêmes, mais pour tous leurs deſcendans, quoique nés comme eux avant ce mariage.

Il y a plus de difficulté lorſque l'enfant né avant le mariage, eſt mort auſſi avant le mariage, & a laiſſé des deſcendans. Le mariage que contractent par la ſuite le pere & la mere de cet enfant, donne-t-il les droits de famille aux deſcendans de cet enfant ? Balde & quelqu'autres anciens interpretes, cités par Fachin, *Controv. III*, 56, ont tenu la négative. La raiſon ſur laquelle ils ſe fondent, eſt que l'enfant n'ayant jamais eu les droits de famille, puiſqu'il n'étoit plus au monde lors du mariage de ſes pere & mere, qui ſeuls pouvoient les lui faire acquérir, il n'a pu les faire paſſer à ſes deſcendans, qui ne peuvent les avoir que par ſon canal. Barthole & les Docteurs cités par Fachin, tiennent l'opinion contraire : elle eſt auſſi ſuivie par Perez, *ad tit. Cod. de natural. lib.* & elle paroît la plus plauſible. La légitimation a été établie non-ſeulement en faveur des enfans nés de l'union que les parties ont eu enſemble avant leur mariage, mais en faveur de tous ceux qui en ſont deſcendus, leſquels ne ſont pas moins dignes de cette faveur que ceux qui en ſont nés. La Loi par la fiction de la légitimation, purge le vice de l'union que les parties ont eu enſemble avant le mariage ; la fait regarder comme une eſpece d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté, & par conſéquent les enfants qui ſont nés, & tous ceux qui en ſont deſcendus, comme enfans de ce mariage par anticipation. En vain dit-on que le mariage n'a pu légitimer l'enfant qui n'étoit plus au monde : rien n'empêche qu'en faveur de ſes deſcendans, cet enfant même, après ſa mort, ne puiſſe, par la fiction de la légitimation, être regardé comme ayant toujours été légitime, le mariage intervenu depuis ſa mort ayant purgé le vice de l'union dont il étoit né. Dans l'eſpece de la Loi *ſi filium 5*, ff. *de grad. & aff.* lorſqu'un pere, après la mort de ſon fils, adopte une autre perſonne, l'enfant mort avant l'adoption, eſt cenſé avoir été le frere de l'enfant adopté, quoiqu'il ne fût plus au monde lors de l'adoption qui lui donne cette qualité. Pourquoi ne pourra-t-on pas de même ſuppoſer que l'enfant mort avant le mariage, ait eu toute ſa vie le titre & les droits d'enfant légitime, quoiqu'il ne fût plus au monde lors du mariage, qui par la fiction de la légitimation, le fait ſuppoſer tel ?

414. Pour que les enfans nés avant le mariage ſoient capables d'être légitimés par le mariage de leur pere, les principes du Droit canonique que nous avons adoptés dans notre Droit, ne demandent autre choſe, ſinon que lors de l'habitude charnelle que leurs pere & mere ont eu enſemble, ils aient été capables de contracter mariage enſemble.

De ce principe naît la déciſion d'une queſtion agitée entre les anciens Canoniſtes, ſi l'enfant né du commerce charnel qu'un ſimple Clerc, quoique pourvu de bénéfice, a eu avec une fille, peut être légitimé par leur mariage intervenu depuis? Il n'eſt pas douteux, ſuivant le principe propoſé, qu'il peut l'être; car le pere & la mere, lors du commerce charnel dont il eſt né, étoient capables de contracter mariage enſemble. Le bénéfice dont ce Clerc étoit revêtu, n'eſt pas un empêchement de mariage; il perd ſeulement ſon bénéfice en ſe mariant. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 7 Septembre 1675, rapporté au Journal du Palais.

Il en eſt de même du commerce charnel qu'un homme auroit eu avec une Religieuſe novice. L'enfant né de ce commerce eſt légitimé par le mariage que ſon pere & ſa mere ont contracté depuis: car ils étoient capables de le contracter dans le temps qu'ils ont eu ce commerce enſemble, n'y ayant que la profeſſion ſolemnelle qui en rend incapable.

Les parties ſont cenſées avoir été capables de contracter mariage enſemble lors du commerce charnel qu'elles ont eu avant leur mariage, lorſqu'elles étoient capables de le contracter, au moins à l'aide d'une diſpenſe facile à obtenir, quoiqu'elle ne fût pas encore obtenue. C'eſt pourquoi lorſque des couſins ſe marient avec diſpenſe, les enfans nés du commerce qu'ils ont eu enſemble auparavant, ſont légitimés par leur mariage: la diſpenſe qu'ils ont obtenue, à qui on donne un effet rétroactif, purge le vice d'inceſte qu'avoit le commerce qu'ils ont eu avant leur mariage.

415. Mais ſi lors du commerce charnel qu'un homme a eu avec une femme, ils étoient abſolument incapables de contracter alors mariage enſemble, le mariage qu'ils contractent par la ſuite, ne peut légitimer les enfans qui en ſont nés; comme lorſqu'un homme marié a eu un commerce adultérin avec une femme, le mariage qu'il a contracté depuis avec elle après la mort de ſa femme, ne peut légitimer les enfans nés de ce commerce adultérin: car lors de ce commerce, ils étoient abſolument incapables de contracter alors mariage enſemble, un homme ne pouvant pas, pendant ſon mariage, épouſer une autre femme.

C'eſt pourquoi on doit tenir pour regle générale, que le mariage ne peut légitimer que les enfans nés d'un commerce *inter ſolutum & ſolutam*, c'eſt-à-dire, libres l'un & l'autre d'un autre engagement, & qui étoient capables de contracter dès-lors mariage enſemble; & qu'il ne peut jamais purger le vice d'un commerce adultérin, pour légitimer les enfans qui en ſont nés.

416. C'eſt une queſtion qui a été grandement agitée entre les Docteurs, ſi cette regle doit recevoir exception dans le cas auquel l'une des parties auroit ignoré que l'autre étoit mariée lors du commerce charnel qu'elles ont eu enſemble. Ceux qui admettent cette exception, tirent leur principal argument du chapitre *ex tenore ext. qui filii ſint legit.* Suivant cette décrétale, comme nous le verrons *infrà* en l'article 4, lorſqu'une partie contracte de bonne foi un mariage nul, qu'elle croit légitime, dans l'ignorance où elle eſt de l'empêchement qui le rend nul; comme lorſqu'une femme épouſe un homme qu'elle ignore être marié à un autre femme, la bonne foi de cette partie, & l'ignorance où elle eſt du vice qui rend ſon mariage nul, fait donner à ce ma-

riage, quoique nul, les effets d'un mariage légitime, & par conſéquent le titre & les droits d'enfans légitimes, aux enfans qui en ſont nés. Donc par la même raiſon, diſent ces Docteurs, lorſqu'une femme a habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore être marié, & avec qui elle croit ne commettre qu'une fornication, & non un adultere, *aut vice versâ*; l'ignorance en laquelle eſt cette femme, que l'homme avec qui elle avoit ce commerce, étoit marié, & que leur commerce étoit adultérin, doit empêcher qu'il ne ſoit regardé comme adultérin, & il doit paſſer pour une ſimple fornication, dont le vice peut être purgé par un mariage légitime qu'ils contractent par la ſuite enſemble.

Enfin, pour éluder le principe ſur cette matiere, qui ne permet pas que le mariage puiſſe purger le vice du commerce charnel que les parties ont eu enſemble auparavant, s'ils n'étoient, dès le temps de ce commerce, capables de contracter mariage enſemble; ces Docteurs répondent, que s'ils n'étoient pas capables de contracter enſemble un véritable mariage, ils étoient capables de contracter enſemble un mariage putatif, lequel, en conſéquence de l'ignorance de la femme, auroit eu les effets d'un véritable mariage.

Ceux qui rejettent l'exception, diſent au contraire que le Pape Alexandre III ayant dit en termes généraux, que les enfans nés avant le mariage, ne pouvoient être légitimés par le mariage, dans le cas auquel leurs pere & mere, lors du commerce dont ils ſont nés, n'étoient pas capables de contracter mariage enſemble, & qu'en conſéquence les enfans nés du commerce qu'un homme marié avoit eu du vivant de ſa femme avec une fille, ne pouvoient être légitimés par le mariage que cet homme a, depuis la mort de ſa femme, contracté avec leur mere; & n'ayant point diſtingué ſi leur mere, lors du commerce charnel qu'elle a eu avec leur pere, ſçavoit qu'il fût marié, ou ſi elle l'ignoroit, on ne doit pas faire une diſtinction que la Loi n'a pas faite; *ubi lex non diſtinguit, nec nos debemus diſtinguere*: & on doit décider indiſtinctement que le mariage ne peut légitimer les enfans nés du commerce qu'un homme marié a eu avec une fille, ſoit que cette fille ait ſçu qu'il étoit marié, ſoit qu'elle l'eût ignoré.

Pareillement les Coutumes de Troyes & de Sens, ci-deſſus citées, qui nous ont rapporté les principes du Droit François ſur la matiere de la légitimation, ayant dit que les enfans nés avant le mariage *ex ſoluto & ſolutâ*, étoient légitimés par le mariage que contractent par la ſuite leurs pere & mere; n'y ayant que les enfans nés *ex ſoluto & ſolutâ* qui ſoient compris dans la diſpoſition de la loi, il n'y a qu'eux qui peuvent prétendre à la grace de la légitimation accordée par la Loi: on ne peut l'étendre à ceux nés *ex conjugato & ſolutâ*, qui n'y ſont point compris. Peu importe donc que la partie qui étoit libre ait ſçu ou ait ignoré que l'autre fût mariée: il ſuffit que les enfans ne ſoient pas nés *ex ſoluto & ſolutâ*, mais qu'ils le ſoient *ex conjugato & ſolutâ*, pour qu'ils ne puiſſent être légitimés.

A l'égard de l'argument que les partiſans de l'exception tirent du chapitre EX TENORE, qui fait tout le fondement de leur opinion, la réponſe eſt, que c'eſt mal-à-propos qu'ils comparent le cas du chapitre *ex tenore*, avec celui qui fait l'objet de la queſtion. Il n'y a aucune comparaiſon à faire entre une

femme qui croit contracter un mariage légitime, en épouſant un homme qu'elle ignore être marié à un autre, qui eſt le cas du chapitre *ex tenore ;* & une femme qui a un commerce avec un homme, qu'elle ſçait être criminel, quoiqu'elle ignore qu'il ſoit adultérin. Dans le cas du chapitre *ex tenore*, la femme qui épouſe un homme qu'elle ignore être marié, eſt parfaitement innocente; elle croit contracter un mariage légitime ; la loi lui tient compte de la bonne intention qu'elle a de donner à l'Etat des enfans légitimes, par un mariage qu'elle croit légitime, & elle la récompenſe en donnant en ſa conſidération aux enfans nés de ce mariage, quoique nul, les titres & les droits des enfans légitimes. Au contraire, dans l'eſpece de la queſtion préſente, la femme qui a une habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore être marié, n'eſt pas innocente : quoiqu'elle croie ne commettre avec cet homme qu'une ſimple fornication, & non un adultere, elle n'ignore pas que le commerce qu'elle a avec cet homme, eſt défendu par la Loi de Dieu, qui ne défend pas ſeulement l'adultere, mais qui défend auſſi la fornication. Cette femme par ce commerce, *DABAT OPERAM REI ILLICITÆ ;* l'ignorance où elle étoit que l'homme fût marié, n'eſt donc pas une ignorance innocente, *INCULPABILIS*, qui puiſſe empêcher que le commerce qu'elle a eu avec cet homme ne doive être conſidéré non comme tel qu'il étoit dans l'opinion de cette femme, mais comme tel qu'il étoit effectivement, c'eſt-à-dire, comme un commerce adultérin, dont le vice ne peut être purgé par le mariage légitime que les parties contractent depuis enſemble. Il n'y a donc aucune parité ni aucune comparaiſon à faire entre le cas du chapitre *ex tenore*, & celui de la queſtion préſente. Le Cardinal de Palerme ( *Panormitanus* ) fait très bien ſentir la diſparité de ces deux cas, *quia contrahens matrimonium*, dit-il, *dat operam rei licitæ, ideò ignorantiâ ſuâ excuſatur ; ſed admittens virum ſine matrimonio, dat operam rei illicitæ, ideò ignorantiâ ſuâ non eſt probabilis, nec debet inde conſequi præmium, & danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ ſequuntur præter voluntatem ſuam.* Barthole, *ad L.* 38, §. 1, ff. *ad L. Jul. de adult.* dit pareillement, *quandocunque coitus fit ſine colore matrimonii, tunc indiſtinctè punitur, ſecundùm illud quod eſt in veritate, non ſecundùm id quod putabat, qui dabat ab initio operam rei illicitæ.* Cette queſtion s'eſt préſentée à l'Audience de la Grand'Chambre, dans la cauſe d'une fille de Tibério-Fiorelli, connu ſous le nom de Scaramouche, née du commerce que ce Fiorelli, du vivant de ſa premiere femme, avoit eu avec une nommée Marie Duval, qui ignoroit, comme tout le monde, qu'il fût marié : cette fille ayant prétendu avoir été légitimée par le mariage légitime que Fiorelli avoit depuis & après la mort de ſa premiere femme, contracté avec ladite Marie Duval, elle fut deboutée de ſa prétention par Arrêt du 4 Juin 1697, ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau. La queſtion eſt traitée à fond dans ſon plaidoyer, qui eſt le quarante-ſeptieme, au quatrieme tome de ſes Œuvres.

417. On a fait une autre queſtion, qui eſt de ſçavoir ſi, pour qu'un enfant ſoit cenſé né *ex ſoluto & ſolutâ*, & qu'il ſoit en conſéquence capable de légitimation *per ſubſequens matrimonium*, il ſuffit que ſes pere & mere, lorſqu'il eſt venu au monde, fuſſent libres, c'eſt-à-dire, non engagés dans aucun mariage, quoiqu'au temps du commerce charnel qu'ils ont eu enſemble, duquel cet

enfant eſt né, l'un d'eux fût alors marié. Fachin, *controv. lib. 3, cap. 50*, cite pour l'affirmative pluſieurs Canoniſtes de grand nom, à l'avis deſquels il ſe range. Ils ſe fondent principalement ſur ce qui eſt dit au titre *de ingenuis* des Inſtitutes de Juſtinien, que pour que je ſois ingénu, il ſuffit que ma mere ait été de condition libre au temps de ma naiſſance, quoiqu'elle fût encore eſclave au temps de ma conception, *aut vice versâ*. Je trouve l'opinion contraire bien plus raiſonnable. Le texte des Inſtitutes, qui fait le principal fondement de l'opinion de Fachin, & des Auteurs par lui cités, ne me paroît avoir aucune application à la queſtion. L'état d'ingénuité d'une perſonne dépend uniquement de la condition de PERSONNE LIBRE qu'a dû avoir ſa mere. On a décidé favorablement qu'il ſuffiſoit que la mere ait eu cette qualité de PERSONNE LIBRE, ſoit au temps de la conception, ſoit au temps de la naiſſance de l'enfant, ſoit dans le temps intermédiaire : mais dans l'eſpece de la préſente queſtion, la capacité de la légitimation *per ſubſequens matrimonium*, dépend de la qualité du commerce charnel dont eſt né l'enfant. S'il étoit adultere, l'enfant ne peut être capable de la légitimation ; mais quand même au temps de la naiſſance de l'enfant, ſon pere & ſa mere n'auroient plus été l'un & l'autre engagés dans aucun mariage, il ſuffit que lors du commerce charnel qu'ils ont eu enſemble, l'un des deux fût marié, pour que le commerce ait été adultérin, & pour que l'enfant qui en eſt né, ſoit né d'un commerce adultérin, & par conſéquent incapable de la légitimation qui ſe fait *per ſubſequens matrimonium*.

## §. III.

### *Quels mariages ont l'effet de légitimer les enfans nés auparavant.*

418. Pour qu'un mariage ait l'effet de légitimer les enfans nés du commerce que les parties ont eu auparavant, il faut, non-ſeulement que ce mariage ait été valablemnent contracté, mais encore que ce ſoit un mariage qui ne ſoit pas privé des effets civils par nos Loix. Cela eſt évident : l'effet de légitimer les enfans nés auparavant le mariage, étant un des principaux effets civils du mariage, un mariage privé des effets civils, ne peut pas avoir cet effet.

Cela fait ceſſer dans notre Droit François la queſtion agitée entre les Docteurs : ſi un mariage contracté *in extremis* peut légitimer les enfans nés du commerce que les parties ont eu auparavant leur mariage ? Nos Loix ayant privé des effets civils ces mariages, comme nous le verrons en l'article ſuivant, c'eſt une conſéquence qu'ils ne puiſſent légitimer les enfans que les parties ont eu auparavant.

419. Il y a certains mariages auxquels, quoiqu'ils ſoient nuls, la Loi donne les effets civils, en conſidération de la bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, qui ont ignoré l'empêchement qui le rendoit nul. On demande s'ils peuvent avoir l'effet de légitimer les enfans nés du commerce qu'ont eu les parties avant ce mariage putatif, & dans un temps où ils étoient capables de contracter mariage enſemble ? Non : ſi on donne à ce mariage putatif les effets civils, à l'effet que les enfans qui en ſont nés,

aient le titre & les droits d'enfans légitimes, c'eſt qu'ils ſont nés d'un commerce innocent, au moins de la part d'une des parties; mais ceux nés du commerce que les parties ont eu avant ce mariage putatif, étant nés d'un commerce criminel de la part des deux parties, ne méritent pas qu'on s'écarte des regles en leur faveur. Le vice du commerce dont ils ſont nés ne peut être purgé, & ils ne peuvent être légitimés que par la force & l'efficace d'un véritable mariage qui ſeroit interveuu depuis entre leurs pere & mere: un mariage putatif ne peut avoir cet effet. A plus forte raiſon, le mariage putatif ne peut légitimer les enfans nés auparavant, ſi lors du commerce qu'ont eu leurs pere & mere, & dont ils ſont nés, leurs pere & mere étoient déja alors incapables de contracter mariage enſemble, quoiqu'ils ignoraſſent l'empêchement: car en ce cas ces enfans ne pourroient pas être légitimés, même par un mariage légitime, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 416.

C'eſt pourquoi par l'Arrêt intervenu dans l'affaire du fameux Jean Maillard le 15 Mars 1674, qui eſt rapporté au troiſieme tome du Journal des Audiences, les enfans nés du commerce que Thibault de la Boiſſiere avoit eu avec la femme de Maillard, qu'on croyoit mort, & qu'il avoit depuis épouſée, furent avec raiſon déclarés illégitimes, & n'avoir pu être légitimés par le mariage que leurs pere & mere avoient depuis contracté, lequel par la repréſentation de Maillard, ſe trouva nul; car ces enfans n'auroient pas même pu être légitimés par un mariage légitime, ſuivant les principes établis *ſuprà*, *d. n.* 416.

420. L'inégalité de condition des parties qui contractent mariage, n'étant pas, ſelon notre Droit François, ſeule ſuffiſante pour empêcher que leur mariage ne ſoit valable, ni pour empêcher qu'il ait les effets civils; c'eſt une conſéquence qu'elle n'empêche pas que les enfans nés du commerce que les parties ont eu auparavant leur mariage, ne ſoient légitimés par le mariage, quoique quelques anciens Docteurs, cités par Fachin, *l.* 3, *controv. cap.* 53, aient été d'opinion contraire.

421. Perſonne ne doute que le mariage a la force de légitimer les enfans nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant enſemble, quoique l'une d'elles, depuis ce commerce, en ait contracté un avec une autre perſonne, après la diſſolution duquel elles ſe ſont mariées enſemble. Il y a néanmoins une raiſon de douter, qui eſt, qu'en ce cas on ne peut pas, pour la fiction de la légitimation, rétrograder leur mariage au temps du commerce qu'elles ont eu enſemble, y ayant un mariage contracté par l'une des parties avec une autre perſonne dans le temps intermédiaire depuis ce commerce qui fait obſtacle à cette rétrogradation. La réponſe eſt, que la fiction de cette rétrogradation n'eſt pas abſolument néceſſaire pour la légitimation: il ſuffit qu'on puiſſe favorablement ſuppoſer, que lors du commerce que les parties ont eu enſemble, elles ont eu ce commerce en vue du mariages qu'elles ſe propoſoient alors de contracter; que l'une des parties a depuis changé de deſſein en ſe mariant à une autre perſonne; mais qu'après la diſſolution de ce mariage, elles ont enfin exécuté leur premier deſſein. Le mariage intervenu avec une autre perſonne pendant le temps intermé-

diaire, n'empêche point qu'on ne puiſſe ſuppoſer tout cela; & tout cela étant ſuppoſé, le commerce d'où les enfans ſont nés, étant ſupppoſé intervenu en vue du mariage que les parties ſe propoſoient alors de contracter enſemble, & qu'elles ont effectivement contracté par la ſuite, on peut conſidérer ce commerce comme ayant été en quelque façon une eſpece d'anticipation du mariage qu'elles ont contracté par la ſuite, & les enfans comme étant par anticipation enfans de ce mariage, & légitimés par ce mariage.

## §. IV.

### *Comment ſe fait la légitimation; & quels en ſont les effets.*

422. La légitimation des enfans nés du commerce charnel que les parties ont eu avant leur mariage, ſe fait par la ſeule force & efficace du mariage que leurs pere & mere contractent: *Tanta eſt vis matrimonii, ut qui anteà ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Il n'eſt donc pas néceſſaire que le conſentement du pere & de la mere intervienne pour cette légitimation; il n'eſt pas en leur pouvoir de priver leurs enfans du droit que la loi leur donne, par l'effet qu'elle donne au mariage de leurs pere & mere de les légitimer.

Il eſt encore moins néceſſaire que lors de la célébration du mariage, on ait fait paroître ces enfans ſous le poêle. Cette cérémonie eſt une reconnoiſſance ſolemnelle que les parties contractantes font de ces enfans, mais qui n'eſt pas néceſſaire, lorſqu'elles les ont reconnus pour leurs enfans, de quelque autre maniere que ce ſoit, ſoit avant, ſoit depuis leur mariage; & en un mot, lorſque ces enfans peuvent, de quelque maniere que ce ſoit, juſtifier leur état.

423. Il y a un peu plus de difficulté de ſçavoir ſi les enfans ſont légitimés malgré eux, ou ſi, au contraire, un enfant peut empêcher l'effet qu'a le mariage de légitimer les enfans nés auparavant, en proteſtant par écrit qu'il ne veut pas l'être. Il ne peut y avoir lieu à cette queſtion dans nos Provinces de Pays coutumier. S'il eſt mineur, il ne peut pas renoncer à ſes droits, ni par conſéquent à des droits auſſi avantageux que ceux que lui procure la légitimation: s'il eſt majeur, ne trouvant qu'à gagner à la légitimation, qui ne peut lui apporter aucun préjudice, il ne peut jamais arriver qu'un enfant refuſe d'être légitimé. La queſtion ne peut avoir lieu que dans les pays de Droit écrit, où les droits de la puiſſance paternelle étant très-conſidérables, même ſur les enfans majeurs, un enfant naturel pourroit avoir quelqu'intérêt à refuſer la légitimation, pour n'y être pas ſoumis. Fachin, *lib.* 3, *controv. cap.* 54, propoſe la queſtion; & il ſe range à l'avis de ceux qui ſoutiennent que les enfans nés avant le mariage, ne peuvent être malgré eux légitimés par le mariage de leur pere avec leur mere. Ces Docteurs ſe fondent principalement ſur la Novelle 91, *cap.* 11, où Juſtinien dit effectivement, qu'un pere ne peut légitimer ſes enfans malgré eux, par quelque maniere de légitimation que ce ſoit, *ſive. . . . . ſive per inſtrumentorum (dotalium) celebrationem;* ce qui déſigne la légitimation qui ſe fait,

en contractant un mariage légitime avec leur mere. Ces Docteurs ajoutent, que la légitimation étant un droit établi en faveur des enfans, ils peuvent y renoncer, suivant la regle, *unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.* Ceux de l'opinion contraire répondent que la question ne doit pas se décider par la disposition de la Novelle ci-dessus alléguée. Nous avons tiré nos principes sur la légitimation, plutôt du Droit canonique que des Loix Romaines, que nous avons déja observé ci-dessus, *n.* 410, avoir peu d'application à notre Droit. Or il paroît que, suivant les principes du Droit canonique, la légitimation des enfans nés avant le mariage, s'opere de plein droit par la seule efficace du mariage que leurs pere & mere contractent; & quoique cette légitimation soit établie principalement en faveur des enfans, elle ne l'est pas seulement en leur faveur; elle l'est aussi en faveur des pere & mere. Il ne doit donc pas être au pouvoir des enfans de renoncer à la légitimation, & de priver leurs pere & mere des droits que la légitimation accorde sur eux à leurs pere & mere: de même qu'il n'est pas au pouvoir des pere & mere de priver leurs enfans des droits que la légitimation leur donne.

## §. V.

### *Quels sont les effets de cette légitimation.*

424. La légitimation des enfans nés avant le mariage, que le mariage de leurs pere & mere opere, a bien plus d'effet que celle qu'un bâtard obtient par Lettres du Prince: celle-ci n'accorde à l'enfant légitimé que le droit de porter le nom de son pere, & de porter ses armes avec une brisure; elle ne les rend pas habiles à succéder ni à leur pere, ni a leur mere, ni à aucun parent de la famille de leur pere ou de leur mere.

Au contraire, la légitimation qui s'opere par le mariage, rend les enfans nés avant le mariage, aussi parfaitement légitimes, que s'ils étoient nés durant le mariage: elle leur donne tous les mêmes droits, & ne met aucune différence entr'eux & les enfans nés durant le mariage; jusques-là même qu'elle donne le droit d'aîneſſe aux enfans nés avant le mariage, sur ceux nés durant le mariage.

425. Mais si, dans le temps intermédiaire du commerce charnel d'où ces enfans sont nés, & du mariage de leurs pere & mere qui les a légitimés, l'une des parties, *putà* le pere avoit contracté un premier mariage avec une autre femme, après la mort de laquelle il a épousé en secondes noces la mere desdits enfans, lesdits enfans n'auront pas le droit d'aîneſſe sur les enfans du premier mariage; » car, quoiqu'ils soient venus au monde avant eux, » ils ne sont néanmoins nés à la famille de leur pere qu'après eux, par le » second mariage que leur pere a contracté avec leur mere: ce second ma- » riage, qui les a légitimés, les fait réputer enfans de ce second mariage; » or il seroit absurde que des enfans du second mariage fussent les aînés de » ceux du premier. »

## ARTICLE III.

### *De certains mariages qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils.*

La Déclaration du Roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils certains mariages, quoiqu'ils aient été valablement contractés.

#### PREMIERE ESPECE.

426. La Déclaration du Roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils les mariages qu'on a affecté de tenir secrets jusqu'à la mort de l'un des deux conjoints.

Il y est dit, *art. 5 :* » Déclarons les enfans qui naîtront de ces mariages, » que les parties ont tenus jusqu'ici, ou tiendront à l'avenir cachés pendant « leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage, que la digni- » té d'un mariage, incapables de toutes successions, aussi-bien que leur » postérité. »

Lorsque ces mariages ont été faits en face d'Eglise par le Curé des parties, en présence de quatre témoins signandaires, & qu'ils n'ont d'autre vice que cette clandestinité, ces mariages sont valablement contractés ; ils subsistent quant au lien naturel : mais la Déclaration du Roi Louis XIII, que nous venons de rapporter, les prive des effets civils, en déclarant les enfans qui en naissent, *incapables de toute succession.*

On a levé la question, si ces enfans étoient, par cet article, incapables, non-seulement des successions de leurs pere & mere, mais même de celles de leurs parens collatéraux: il a été jugé par Arrêt du 24 Juillet 1704, qu'ils en étoient incapables. La question ne souffroit aucune difficulté ; 1°. ces mots, *toutes successions*, comprenent les collatérales comme les directes : 2°. si la loi déclare ces enfans *incapables de successions*, ce n'est que parce qu'elle refuse au mariage dont ils sont nés, les effets civils, & que par conséquent elle refuse à ces enfans les droits de parenté civile : or n'ayant pas les droits de parenté civile, ils ne peuvent être capables d'aucune succession, n'y ayant que la parenté civile qui y donne droit.

Leur postérité en est aussi déclarée incapable; car ces enfans ne peuvent transmettre à leur postérité les droits de parenté civile qu'ils n'ont pas.

427. C'est à ceux qui attaquent ces mariages, à prouver la clandestinité. Plusieurs circonstances peuvent l'établir ; 1°. lorsque la femme n'a pas pris le nom de son mari, pendant tout le temps que le mariage a duré ; 2°. lorsque dans les actes qu'elle a passés depuis son mariage, elle a pris la qualité de fille ou de veuve d'un précédent mari ; 3°. lorsqu'une servante qui a épousé son maître, ou un domestique qui a épousé sa maîtresse, ont toujours continué de paroître dans la maison dans leur état de domestiques.

La preuve de clandestinité qui résulte de ces circonstances, ou d'autres circonstances semblables, n'est pas détruite par les certificats qu'on rapporte de la publication des bans ; car il n'arrive que trop souvent, qu'un Prêtre les publie d'une maniere à ne se pas faire entendre.

328. Si le mariage tenu ſecret pendant toute la vie de l'un des conjoints, lequel, comme s'exprime l'Edit, *reſſent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage*, eſt puni de la privation des effets civils, même dans les enfans nés de ce mariage, quoiqu'ils ſoient innocens de la faute que leurs pere & mere ont commiſe, en tenant ſecret leur mariage; à plus forte raiſon doit-il être privé des effets civils, par rapport à la veuve qui a participé à cette clandeſtinité. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 26 Mai 1705, rapporté par Augeard, par lequel Marie Sonvelle, ouvriere du Palais, veuve du ſieur Sonnet, Tréſorier des Suiſſes, dont le mariage avoit été tenu ſecret pendant tout le temps qu'il avoit duré, fut déclaré privée des effets civils de ſon mariage, en conſéquence déchue de ſon douaire, & autres conventions matrimoniales. Les héritiers du mari furent ſeulement condamnés à lui reſtituer la ſomme que ſon défunt mari avoit reconnu par ſon contrat de mariage, avoir reçu d'elle en dot. La veuve avoit à cet égard, contre les héritiers du mari, l'action qu'on appelle en Droit, *condictio ſine cauſa.*

### Seconde Eſpece.

429. La Déclaration de 1639 prive des effets civils une autre eſpece de mariage. Elle porte, *art.* 6: » Voulons que la même peine (de la pri» vation des ſucceſſions) ait lieu contre les enfans qui ſont nés de femmes » que les peres ont entretenues, & qu'ils épouſent lorſqu'ils ſont à l'extrémité » de la vie. »

Quoique ce mariage ait été célébré à l'Egliſe, où cet homme s'eſt fait porter, après la publication ou diſpenſe de bans, & qu'il ſoit en conſéquence valablement contracté, la loi ne veut pas qu'il ait les effets civils.

L'Edit du mois de Mars 1697, a confirmé ſur ce point la Déclaration de 1639, & il l'a étendue aux mariages des femmes qui épouſent *in extremis* un homme avec qui elles ont eu un mauvais commerce. Il eſt dit à l'article dernier: » Voulons que l'article 6 de l'Ordonnance de 1639, au ſujet des » mariages que l'on contracte à l'extrémité de la vie, ait lieu tant à l'égard » des femmes qu'à celui des hommes; & que les enfans qui ſont nés de leurs » débauches avant leſdits mariages, ou qui pourront naître après leſdits ma» riages contractés en cet état, ſoient, auſſi-bien que leur poſtérité, incapa» bles de toutes ſucceſſions. »

430. Il faut que ceux qui attaquent ces mariages, prouvent deux choſes; 1°. le mauvais commerce qui a précédé le mariage; 2°. que la perſonne étoit *in extremis*, lorſque le mariage a été contracté.

Le mariage eſt cenſé contracté *in extremis*, lorſque la perſonne étoit au lit, malade d'une maladie qui avoit un trait prochain à la mort, quoiqu'elle ne ſoit morte que quelques mois après.

Un homme qui avoit eu mauvais commerce avec une femme, ayant été bleſſé d'un coup de pied, & l'ayant épouſée ſix jours après, dans un temps où la bleſſure paroiſſoit ſi dangereuſe, qu'il reçut l'Extrême-Onction le jour de ſon mariage; la Cour, par Arrêt du 28 Février 1667, jugea que ce mariage avoit été contracté *in extremis*, quoiqu'il eût ſurvécu cinquante-quatre jours depuis; & réduiſit à des alimens les enfans qu'il avoit eu de cette fem-

me. L'Arrêt eſt rapporté au troiſieme tome du Journal des Audiences. Il y a deux autres Arrêts rapportés au même tome, l'un du 22 Décembre 1672, l'autre du 3 Juillet 1674, par leſquels des mariages furent réputés faits *in extremis*, quoique dans l'eſpece du premier, l'homme eût ſurvêcu ſoixante-cinq jours; & dans l'eſpece du ſecond, quarante-deux jours.

Il en ſeroit autrement ſi la maladie dont la perſonne étoit déja attaquée lorſque le mariage a été contracté, n'avoit pas encore un trait prochain à la mort, mais pouvoit durer pluſieurs années, quoiqu'elle fût mortelle & jugée incurable, & que ce ſoit celle dont la perſonne eſt morte.

Par exemple, ſi lorſque le mariage a été contracté, la perſonne étoit attaquée d'hydropiſie ou de pulmonie; ſi ces maladies n'étoient pas alors dans leurs dernieres périodes, pouvant durer pluſieurs années, le mariage ne ſera pas cenſé contracté *in extremis*, quoique la perſonne ſoit morte de ces maladies.

431. Le mariage n'eſt pas cenſé avoir été contracté *in extremis*, quoique la perſonne ſoit morte de mort ſubite le jour même du mariage, ſi elle n'étoit pas malade lorſqu'elle l'a contracté.

Quoique l'état de groſſeſſe ſoit un état dangereux, néanmoins lorſqu'il n'y a pas d'accidents, la groſſeſſe étant un état naturel, & n'étant pas une maladie, le mariage qu'une femme contracte dans cet état, n'y ayant pas encore d'accident extraordinaire, n'eſt pas cenſé contracté *in extremis*, & n'eſt pas dans le cas de l'Edit, quoique par des accidents ſurvenus depuis que le mariage a été contracté, cette femme ſoit morte dès le lendemain. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt rapporté au Journal.

432. Quoique le mariage ait été contracté *in extremis*, ſi la perſonne étant en pleine ſanté, avoit fait ce qui étoit en ſon pouvoir pour le contracter, & qu'elle en ait été empêchée par les traverſes qu'on lui a ſuſcitées, & par les oppoſitions qu'on lui a formées, dont elle n'a pu avoir main-levée plutôt, ce mariage ne doit pas être privé des effets civils. On ne peut en ce cas rien imputer à cette perſonne: on ne peut pas dire qu'elle ait attendu qu'elle fût *in extremis*, pour contracter ſon mariage: ce n'eſt pas par conſéquent le cas de la loi. C'eſt ce qui a été très-ſagement jugé par un Arrêt du Parlement de Normandie, du 29 Juillet 1717, rapporté au ſixieme tome du Journal.

### Troisieme Espece.

433. Une troiſieme eſpece de mariage qui, quoique valablement contracté, & quoiqu'il ſubſiſte quant au lien naturel, eſt néanmoins privé des effets civils, eſt celui que contracte une perſonne qui a perdu l'état civil par une condamnation à mort.

C'eſt la diſpoſition de la Déclaration de 1639, *art.* 7, qui dit: » Vou» lons que la même peine (de la privation des ſucceſſions) ait lieu .... » auſſi contre les enfans procréés par ceux qui ſe marient après avoir été » condamnés à mort, même par les Sentences de nos Juges rendues par dé» faut, ſi avant leur décès ils n'ont été remis au premier état, ſuivant les » loix preſcrites par nos Ordonnances. »

Indépendamment de cette disposition, il est impossible *per rerum naturam*, qu'une telle personne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils; car étant, par sa mort civile, regardée dans la société comme n'existant plus, quant à ce qui est de l'ordre civil, c'est une conséquence qu'elle ne peut être capable d'un mariage civil.

C'est pourquoi ces termes, *par les Sentences de nos Juges*, qui se trouvent dans la disposition que nous venons de rapporter, ne doivent pas la restreindre aux Sentences des Juges Royaux, les Sentences capitales des Juges des Seigneurs ayant le même effet.

434. Lorsqu'une personne condamnée à une peine capitale par contumace, s'est mariée, & est morte dans les cinq ans de la publication de la Sentence, sans s'être représentée, son mariage doit-il avoir les effets civils? Oui; car pendant les cinq ans, son état civil est plutôt suspendu que perdu; & lorsqu'il meurt dans les cinq ans, il meurt *integri statûs*, & est censé ne l'avoir jamais perdu; Ordonnance de 1670, *tit.* 17, *art.* 29. Son mariage est donc en ce cas le mariage d'une personne qui doit être censée n'avoir jamais perdu l'état civil, & par conséquent rien n'empêche qu'il ne soit un mariage civil, qui ait les effets civils.

C'est pourquoi ces termes de l'Edit ci-dessus rapportés: » Si avant leur » décès ils n'ont été remis dans leur premier état, suivant les loix prescrites » par nos Ordonnances, » me paroissent ne pouvoir s'appliquer qu'au cas auquel le condamné n'est mort qu'après les cinq ans, auquel cas il meurt sans avoir été remis dans son premier état, s'il n'y a été remis en se représentant, ou étant constitué prisonnier; car lorsqu'il meurt dans les cinq ans, il est censé ne l'avoir jamais perdu.

Ce que nous venons de dire sur le mariage d'un condamné à mort dans les cinq ans, est exactement conforme aux maximes établies par M. Lenain, Avocat-Général, dans son Plaidoyer, rapporté au sixieme tome du Journal, *liv.* 9 *chap.* 11.

435. Observez que si la femme, lors de son mariage, a ignoré que l'homme qu'elle épousoit, avoit perdu l'état civil, sa bonne foi donne à ce mariage les effets civils, comme nous le verrons en l'article suivant.

436. Il nous reste à faire une observation générale à l'égard des enfans qui naissent de ces espece de mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils. Ces enfans n'ont pas, à la vérité, les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfans, tels que les droits de famille, de succession, de douaire, de légitime, *&c.* mais le mariage dont ils sont nés, étant un véritable mariage, ils ne sont pas bâtards, & ils sont en conséquence capables d'être promus aux Ordres sacrés, & aux Bénéfices.

## ARTICLE IV.

### *Du cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des Parties qui l'ont contracté.*

437. Le cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils, eſt lorſque les parties qui l'ont contracté, étoient dans la bonne foi, & avoient une juſte cauſe d'ignorance d'un empechement dirimant qui le rendoit nul.

On peut apporter pour exemple, le cas auquel la femme d'un ſoldat qu'on avoit vu, le jour d'un combat, couché parmi les morts ſur le champ de bataille, & qu'on avoit en conſéquence cru mort, quoiqu'il ne le fut pas, ſe ſeroit mariée à un autre homme ſur la foi d'un certificat de mort de ſon mari en bonne forme, qu'elle auroit du Major du Régiment. Si, long tems après, & depuis qu'elle a eu des enfans de ce ſecond mariage, ſon premier mari qu'on croyoit mort, vient à reparoître, il n'eſt pas douteux que le ſecond mariage que cette femme a contracté, eſt nul; qu'elle doit quitter ſon ſecond mari & retourner avec le premier; ſon premier mariage qui a toujours ſubſiſté, ayant été un empêchement dirimant du ſecond: mais quoique ce ſecond mariage ſoit nul, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, lui donne, par rapport aux enfans qui en ſont nés, les effets civils que produiſent les mariages, en donnant aux enfans les droits de famille, & tous les autres droits qu'ont les enfans nés d'un légitime mariage. En conſéquence les enfans nés de ce ſecond mariage, viendront aux ſucceſſions de leurs pere & mere, & même concourront à celle de leur mere avec les enfans qu'elle a eu de ſon premier mariage.

Comment, direz-vous, ce mariage qui eſt nul, peut-il donner ces droits aux enfans qui en ſont nés; car *quod nullum eſt, nullum producit effectum?* La réponſe eſt, que ſi ce mariage, en tant qu'il eſt conſidéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, les leur donne, en ſuppléant à cet égard au vice du mariage.

438 La bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, donne-t-elle pareillement à ce mariage les effets civils, à l'effet de confirmer entr'elles leurs conventions matrimoniales, & de donner à la femme un douaire? Il y même raiſon.

On oppoſera que les conventions matrimoniales dépendent de la condition *ſi nuptiæ ſequantur*, laquelle n'a pas été accomplie, puiſqu'on ne peut pas dire qu'elles ont été ſuivies d'un mariage entre les parties; celui qui a ſuivi n'étant pas un véritable mariage, puiſqu'il eſt nul. La réponſe eſt, que la bonne foi des parties qui l'ont contracté, ſupplée à la nullité de ce mariage, & fait regarder la condition comme accomplie, de même qu'elle fait regarder comme légitimes les enfans qui en ſont nés.

439. Lorſqu'il n'y que l'une des parties qui a ignoré de bonne foi l'empêchement dirimant qui rendoit nul le mariage qu'elle a contracté avec l'autre partie, ſa bonne foi ſuffit-elle pour donner à ce mariage, quoique nul, les effets civils par rapport aux enfans qui en ſont nés, & pour leur donner les

droits d'enfans légitimes, même vis-à-vis de l'autre partie, qui étoit de mauvaise foi? Le Droit canonique a décidé pour l'affirmative, & a porté jusques-là la faveur de la bonne foi. C'est la décision du Chapitre *ex tenore* 14, *Ext. qui filii sint legitimi.*

Ce chapitre est dans l'espece d'un homme qui, du vivant de sa femme, avoit épousé une autre femme, laquelle ignoroit qu'il fût marié. Innocent III décide que la bonne foi de la mere faisoit réputer légitimes les enfans qu'elle avoit eu de ce mariage nul, même à l'effet de recueillir la succession de leur pere, qui avoit contracté de mauvaise foi.

On peut aussi rapporter pour exemple le cas d'un Prêtre, qui ayant résidé très-long-temps en habit laïque dans une ville éloignée de son pays, où il n'étoit pas connu pour Ecclésiastique, y auroit épousé une femme qui le croyoit de bonne foi laïque. La bonne foi de cette femme, & la juste ignorance en laquelle elle a été de l'empêchement dirimant qui rendoit nul le mariage qu'elle a contracté avec cet homme, suffit pour donner aux enfans qui en sont nés, les droits d'enfans légitimes, non-seulement vis-à-vis de leur mere, qui étoit dans la bonne foi, mais même vis-à-vis de leur pere qui n'y étoit pas. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 4 Février 1689, rapporté au cinquieme tome du Journal des Aud., dans l'espece d'un mariage contracté par un Chevalier de Malthe, qui avoit caché sa qualité de Profès : l'enfant né de ce mariage, quoique nul, fut, en conséquence de la bonne foi de la mere, déclaré avoir les droits d'enfant légitime, & de porter le nom & les armes de son pere.

A l'égard de la femme qui a été trompée, il n'est pas douteux qu'elle peut poursuivre l'exécution de ses conventions matrimoniales contre l'homme qui l'a trompée, & contre ses héritiers; & qu'ils ne sont pas recevables à opposer, pour s'en défendre, la nullité du mariage; puisque cette nullité procede du fait de cet homme, & qu'il a trompé la femme, en lui taisant l'empêchement qui la causoit. C'est ce qui a été jugé par Arrêt du 22 Janvier 1693, rapporté au cinquieme tome du Journal des Audiences, en faveur d'une femme qu'un nommé Foubert, Récollet Profès, dont on ignoroit l'état, avoit épousée: l'Arrêt adjugea à cette femme la moitié de la communauté, qui étoit opulente, & toutes ses conventions matrimoniales.

440. Si la bonne foi de l'une des parties donne les effets civils à un mariage nul, à plus forte raison peut-elle les donner à un mariage véritable, lorsque l'une des parties a ignoré de bonne foi le vice qui le privoit des effets civils : comme lorsqu'une femme a épousé de bonne foi un homme qui avoit perdu l'état civil par une condamnation à peine capitale, dont la connoissance n'avoit pu parvenir à cette femme. Le jugement ayant été rendu dans un pays éloigné, & avant qu'elle eût connu cet homme, la bonne foi de cette femme donne en ce cas à ce mariage les effets civils à l'effet que les enfans qui en sont nés, aient les droits d'enfans légitimes, & puissent succéder à leur mere & à leurs parens maternels.

Mais ces enfans ne peuvent ni succéder aux biens de leur pere, qui sont acquis au fisc, ni avoir les droits de famille dans la famille de leur pere, puisque leur pere les ayant perdus avant qu'ils fussent au monde, n'a pu les leur communiquer.

441. La bonne foi des parties ou de l'une d'elles, peut bien donner les droits d'enfans légitimes aux enfans nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoroient le vice ; car ce commerce étoit, par rapport à leur bonne foi, un commerce innocent, au moins de la part de celle des parties qui étoit en bonne foi ; mais la bonne foi que les parties ont eu en contractant ce prétendu mariage, ne peut donner les droits d'enfans légitimes aux enfans nés du commerce qu'elles ont eu enſemble auparavant; car ce commerce eſt un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Un femme a eu un enfant du commerce qu'elle a eu avec un Prêtre dont elle ignoroit la condition. Depuis elle a épouſé ce Prêtre, dont elle continuoit d'ignorer la condition, & elle en a eu d'autres enfans. Ceux nés depuis le prétendu mariage, ſeront légitimes ; car ils ſont nés d'un commerce qui étoit innocent de la part de leur mere, qui croyoit de bonne foi avoir contracté un mariage légitime avec cet homme: mais l'enfant né du commerce que cette femme a eu avant le mariage, n'eſt pas légitime, car il eſt né d'un commerce criminel de la part des deux parties; la femme ſçavoit bien qu'elle commettoit une fornication. Il eſt vrai que le vice d'une fornication peut ſe purger par un mariage que l'homme & la femme qui l'ont commiſe, contractent depuis enſemble; mais dans l'eſpece préſente, n'ayant pu intervenir de mariage légitime entre les parties, le Prêtre étant incapable d'en contracter, le vice du commerce dont l'enfant eſt né, n'a pu être purgé.

Cette queſtion a été jugée par l'Arrêt rendu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, du 15 Mars 1674, qui eſt rapporté au troiſieme tome du Journal des Audiences. Le Sieur Thibault de la Boiſſiere avoit eu des enfans de Marie Delatour, femme dudit Maillard, qu'on croyoit mort. Depuis il avoit épouſé ladite Delatour ſur la foi d'un certificat de mort, donné par un Capitaine. Jean Maillard s'étant, par la ſuite, repréſenté après quarante années d'abſence, & le mariage du ſieur Thibault de la Boiſſiere avec la femme dudit Maillard, ayant en conſéquence été déclaré nul, les enfans qu'il avoit eus d'elle auparavant, furent, par l'Arrêt, déclarés illégitimes ; un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, n'ayant pu les légitimer.

# SIXIEME PARTIE.

## *Des cassations de Mariages ; de leurs dissolutions ; & de la séparation d'habitation.*

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des cassations de Mariage.*

442. AUCUNE puissance ne peut casser un mariage, lorsqu'il a été valablement contracté; car le lien du mariage étant formé par Dieu même, aucune puissance humaine ne peut le dissoudre; *Quod Deus conjunxit, homo non separet.*

Mais lorsqu'il y a contestation sur la validité d'un mariage, il appartient au Juge de décider s'il a été valablement contracté, ou non; & le jugement par lequel le Juge déclare qu'il n'a pas été valablement contracté, & qu'il est nul, est ce que nous appellons ici cassation de mariage.

Nous verrons sur cette matiere, 1°. par qui peuvent être intentées les demandes en cassation de mariage : 2°. par quelles voies, & devant quels Juges: 3°. quel est l'office du Juge sur ces demandes.

### ARTICLE PREMIER.

#### *Par qui les demandes en cassation de mariage peuvent-elles être intentées.*

Les demandes en cassation de mariage peuvent être intentées, 1°. par l'une des parties qui l'ont contracté : 2°. par leurs pere & mere : 3°. par leurs autres parens : 4°. quelque-fois par la partie publique.

#### §. I.

#### *Des Parties qui ont contracté le mariage.*

443. Chacune des parties qui ont contracté mariage, peut intenter contre l'autre la demande en cassation de mariage, lorsqu'elle prétend qu'il y a un empêchement dirimant qui le rend nul.

Cette demande peut être intentée, même par celle des parties qui a trompé l'autre, en lui cachant un empêchement qui le rend nul: par exemple, si un homme engagé dans les Ordres sacrés, ou dans l'état de Religion par des vœux solemnels, s'est marié à une femme, a qui il a caché son état, qui

qui n'étoit pas connu dans le lieu où il faiſoit depuis long-temps ſa réſidence, ce Prêtre ou ce Moine eſt reçu à intenter contre la femme qu'il a trompée, la demande en caſſation de leur mariage.

On oppoſera les maximes, *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem*; *nemo ex proprio dolo conſequi poteſt actionem*, & autres ſemblables. La réponſe eſt, que ces maximes n'ont d'autres objets qu'un intérêt particulier du demandeur: mais la demande qu'une partie forme en caſſation de mariage, quoique ce ſoit par ſon dol qu'il ait été contracté, a, outre l'intérêt du demandeur, un objet d'honnêteté publique, qui ſeroit bleſſée, ſi on laiſſoit ſubſiſter un mariage que l'honnêteté publique & les loix ne permettent pas de laiſſer ſubſiſter; & cette raiſon d'honnêteté publique doit faire admettre la demande.

444. Il faut néanmoins à cet égard diſtinguer les vices *abſolus* d'un mariage, & ceux ſeulement qui ſont *reſpectifs*. Nous appellons ici *vices abſolus* ceux qui réſultent de quelque empêchement dirimant qui ſe rencontre, ou dans les deux parties, tels que ſont ceux de parenté, ou d'affinité, *&c.* ou dans l'une des parties, tels que ſont ceux qui réſultent de la Profeſſion religieuſe, ou des Ordres ſacrés, dans leſquels l'une des parties eſt engagée, ou qui réſultent d'un défaut dans la forme de la célébration, *putà*, de ce que le mariage n'a pas été célébré en face d'Egliſe, ou de ce qu'il l'a été par un Prêtre étranger, ſans permiſſion de l'Evêque ou du Curé.

Nous appellons *vices reſpectifs*, ceux qui ne ſont vices d'un mariage que parce qu'on a violé le droit de quelqu'une des parties intéreſſées, tels que ſont ceux qui réſultent du défaut du conſentement des pere & mere au mariage de leurs enfans mineurs; celui qui réſulte de la violence faite à l'une des parties contractantes, pour extorquer d'elle ſon conſentement.

Chacune des parties peut donner la demande en caſſation de ſon mariage pour raiſon de quelqu'un des vices abſolus; mais la demande en caſſation de mariage ne peut être intentée pour raiſon des vices reſpectifs, que par la partie qui prétendroit qu'on auroit violé ſes droits. Par exemple, il n'y a que les pere & mere qui puiſſent attaquer le mariage, pour le défaut de leur conſentement. Lorſqu'elles ne s'en plaignent pas, & qu'elles n'attaquent pas le mariage, elles ſont cenſées y conſentir; & ni l'une ni l'autre des parties qui ont contracté le mariage ſans ce conſentement des pere & mere, n'eſt recevable à en demander la caſſation, pour le défaut de ce conſentement.

Pareillement, lorſque le conſentement de l'une des parties à ſon mariage, a été extorqué par violence, ou par ſéduction, il n'y a que cette perſonne qui ſoit reçue à intenter l'action en caſſation de mariage; l'autre partie n'y eſt pas recevable.

445. Le vice d'impuiſſance de l'une des parties qui ont contracté mariage, doit-il être regardé comme vice abſolu, ou ſeulement reſpectif? Quoique le vice d'impuiſſance ſoit un empêchement dirimant de mariage, pris dans la nature même du mariage, comme nous l'avons vu *ſuprà*, néanmoins, comme ce vice ne fait tort qu'à la partie avec qui l'impuiſſant a contracté mariage, qui ne peut ſe faire rendre par l'impuiſſant le devoir conjugal; que ce vice, qui eſt ſecret, ne peut bleſſer l'honnêteté publique, il ne doit être regardé que comme un vice reſ-

pectif ; en conséquence, il n'y a que la partie avec qui l'impuissant a contracté mariage, qui soit recevable à intenter la demande en cassation de mariage pour raison de l'empêchement d'impuissance ; & l'impuissant n'est pas reçu à attaquer son mariage pour cause de ce prétendu vice, lorsque la partie, avec qui il a contracté mariage, ne s'en plaint pas.

Observez aussi qu'une partie n'est pas recevable à attaquer son mariage pour cause d'impuissance de l'autre partie, après une cohabitation pendant un grand nombre d'années, sur-tout lorsqu'il y a eu des enfans baptisés, comme nés de ce mariage, comme l'observa M. l'Avocat-Général Portail, dans la cause d'un nommé Jourdain, dont le Plaidoyer est rapporté au 5^e^. tome du Journal des Audiences.

## §. II.

### *Des Peres & Meres, & Tuteurs.*

446. Les pere & mere d'un mineur qui s'est marié sans leur consentement, sont parties capables pour poursuivre la nullité de son mariage ; l'atteinte que ce mariage donne à la puissance paternelle, les rend intéressés à sa cassation, & recevables par conséquent à la poursuivre.

Si le pere avoit depuis donné des marques d'approbation au mariage contracté sans son consentement, il seroit non-recevable. Suivant ce principe, par Arrêt du mois de Décembre 1672, un pere fut déclaré non-recevable à attaquer le mariage de son fils, contracté sans son consentement, parce qu'il avoit été parrain d'un enfant né de ce mariage. Cet Arrêt est rapporté au 3^e^. tome du Journal des Audiences, *tom. 3, l. 6 ch. 31.*

Par la même raison, ces marques d'approbation que le pere a données au mariage, font tomber l'exhérédation du fils, que le pere auroit faite en punition de ce mariage ; mais la simple bénédiction que le pere a donnée à ce fils au lit de la mort, n'est pas suffisante pour révoquer l'exhérédation. Le pere en ce cas, *censetur remisisse odium, & non satisfactionem injuriæ*, comme l'observa M. Talon ; *Arrêt du 27 Avril 1760. au Journal des Audiences.*

Lorsqu'un fils de famille s'est marié en minorité, sans le consentement de son pere ; si depuis, étant devenu majeur, il a déclaré vouloir persévérer dans ce mariage, ne paroissant pas d'ailleurs que c'est par une suite de la séduction commencée en minorité, le pere cesse d'être recevable dans l'appel comme d'abus du mariage ; il ne lui reste plus que le foudre de l'exhérédation, dont il peut user contre son fils. C'est ce qui a été jugé sur les conclusions de M. Talon, par un Arrêt du 6 Mars 1636, rapporté par Bardet.

## §. III.

### *Des Tuteurs.*

447. Lorsqu'un mineur, qui n'avoit ni pere ni mere, a contracté mariage sans le consentement de son tuteur, le tuteur est aussi reçu à l'attaquer comme présumé entaché du vice de séduction. L'Auteur des Consé-

rences de Paris rapporte un Arrêt du 12 Avril 1704, contre un nommé Berger.

Voyez néanmoins la distinction que nous avons observée *suprà*, *n.* 336, entre le défaut de consentement des tuteurs, & le défaut de celui des pere & mere.

## §. IV.

### *Des Parens collatéraux.*

448. Les parens de l'une ou de l'autre des parties qui ont contracté mariage, ne peuvent, à la vérité, tant que les deux parties vivent, attaquer la validité de leur mariage, n'ayant alors aucun intérêt né qui puisse les y rendre recevables; mais après la mort de l'une des parties, les parens même collatéraux de cette partie, sont recevables à attaquer le mariage, incidemment à quelque contestation sur quelqu'intérêt temporel.

Par exemple, les parens de la partie décédée peuvent révendiquer sa succession contre les enfans, en soutenant qu'ils ne sont pas habiles à succéder, & en leur formant pour cette effet, la contestation sur la validité du mariage dont ils sont nés.

Pareillement, lorsqu'il n'y a pas d'enfans, les héritiers collatéraux du mari prédécédé, contre lesquels la veuve demande le paiement de son douaire & de ses conventions matrimoniales, peuvent s'en défendre en formant à la veuve la contestation sur la validité de son mariage. Au reste, ils ne peuvent attaquer le mariage que pour des vices absolus, & non pour des vices respectifs, tels que la séduction, le défaut de consentement des pere & mere, *&c.* même à l'égard des vices absolus qui pourroient se rencontrer dans le mariage. Quoiqu'absolument parlant, les parens collatéraux de l'une des parties décédée aient le droit de les opposer en interjettant appel comme d'abus de son mariage, & qu'il y ait plusieurs exemples où ils y ont été reçus, néanmoins, ils n'y sont reçus que difficilement. C'est ce que nous apprenons de M. d'Agueſſeau, dans son Plaidoyer en la cause des enfans de Jerôme Billon, qui est le onzieme au second tome de ses Œuvres: » Si l'on excepte, » dit ce grand Magistrat, certains défauts essentiels qui forment des nullités » que le temps ne peut jamais couvrir; certaines circonstances où la consi- » dération du bien public, toujours plus forte que celle de l'intérêt particulier, » semble se joindre aux collatéraux, pour s'élever contre un mariage odieux; » il est difficile qu'ils puissent détruire toutes les fins de non-recevoir qu'on leur » oppose (de la part des enfans dont ils contestent l'état;) le silence des pere & » mere & des contractans même, l'union de leur mariage, la possession paisible » de leur état, *&c.* » Suivant ces principes, des collatéraux, par Arrêt du 27 Avril 1638, rapporté par Bardet, furent mis hors de Cour sur l'appel comme d'abus d'un mariage auquel ils opposoient l'alliance du compérage que les conjoints avoient contractée auparavant. L'Arrêt étoit fondé sur la bonne foi des conjoints, & sur la facilité qu'ils auroient eu d'obtenir dispense, s'ils eussent sçu que ce fût un empêchement.

Au reste, lorsque les circonstances rendent le mariage susceptible d'être

attaqué par les parens collatéraux de l'une des parties, on ne peut leur oppoſer comme fin de non-recevoir, qu'ils aient paru donner quelque ſigne d'approbation de ſon mariage. Par exemple, la veuve à qui ils forment conteſtation ſur la validité de ſon mariage, ne peut pas les y prétendre non-recevables, ſur le prétexte que du vivant de leur parent, elle a reçu d'eux des lettres par leſquelles ils la traitoient de leur *cousine*. L'approbation donnée à un acte, ne rend non-recevable à l'attaquer, que lorſqu'elle eſt donnée dans un temps où le droit de l'attaquer étoit ouvert; on eſt cenſé en ce cas renoncer à ſon droit : mais en ce cas-ci, les parens collatéraux n'ayant eu aucun droit de critiquer, ni même d'examiner le mariage de leur parent de ſon vivant, les ſignes d'approbation qu'ils paroiſſent y avoir alors donné, ne peuvent opérer contr'eux aucune fin de non-recevoir pour l'attaquer après ſa mort. C'eſt ce que nous apprenons du Plaidoyer de M. Lenain, Avocat-Général, ſur les concluſions duquel fut rendu un Arrêt du 1 Août 1707, qui n'eut aucun égard à ces fins de non-recevoir. L'Arrêt eſt rapporté au ſixieme tome du Journal des Audiences.

## §. V.

### *Des autres perſonnes qui ont intérêt à faire déclarer le mariage nul.*

449. Toutes les perſonnes qui ont un intérêt né pour faire déclarer nul un mariage, ſont recevables à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus. Suppoſons, par exemple, qu'un homme, du vivant d'une premiere femme, en a épouſé une ſeconde, & que s'étant laſſé d'elle, il eſt retourné avec la premiere : la ſeconde femme a un grand intérêt de faire déclarer nul le mariage fait avec la premiere, puiſque ſans cela, le ſien qui a été fait du vivant de la premiere, ne peut pas être valable : elle doit donc être reçue à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus, pourvu que ce ſoit pour des nullités abſolues; & elle ne ſeroit pas recevable à propoſer des nullités reſpectives.

Il en eſt de même des enfans de la ſeconde femme.

## §. VI.

### *Du Curé des Parties.*

450. Le Curé des parties ne peut pas attaquer le mariage de ſes Paroiſſiens, qui a été célébré ſans ſa permiſſion par un Prêtre étranger, ſous prétexte qu'on a donné atteinte à ſes droits. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 29 Décembre 1693, rapporté au cinquieme tome des Mémoires du Clergé, qui déclara le Curé de Rethel non-recevable en l'appel comme d'abus qu'il avoit interjetté du mariage de ſes Paroiſſiens, célébré à Paris ſans ſa permiſſion, & renvoya les parties contractantes pardevant le Diocèſain pour recevoir pénitence, & procéder à la célébration de leur mariage, ſi faire ſe doit. La raiſon eſt que les Curés n'ont de juriſdiction que dans le for pénitentiel; ils n'ont aucune juriſdiction extérieure. En mariant

leurs Paroiſſiens, ils n'exercent aucun droit de juriſdiction ſur eux : ils ne peuvent donc pas prétendre qu'ils ont donné atteinte à leurs droits en ſe mariant ailleurs : c'eſt au miniſtere public à ſe plaindre de cette infraction à la Loi, comme nous le verrons au paragraphe ſuivant.

Par la même raiſon, un Curé n'eſt pas recevable à former oppoſition à un mariage, que des perſonnes qu'il prétend être ſes Paroiſſiens, ſe propoſent de célébrer dans une autre Paroiſſe où ils font publier leurs bans, n'ayant aucun titre ni qualité pour s'oppoſer à la célébration d'un mariage.

## §. VII.

### *De la Partie publique.*

451. Les Officiers qui ſont chargés du miniſtere public, tels que ſont les Procureurs du Roi dans les Siéges Royaux, & les Procureurs-Fiſcaux dans les Juſtices des Seigneurs, ne doivent pas faire de recherches de quelque nullité ignorée du public, qui pourroit ſe rencontrer dans quelque mariage, pour attaquer un mariage dont perſonne ne ſe plaint.

Mais lorſque le vice d'un mariage eſt public, & qu'il cauſe un ſcandale public, l'Officier chargé du miniſtere public, étant chargé du maintien de la police & du bon ordre, & par conſéquent d'arrêter les ſcandales qui le troublent, doit en ce cas pourſuivre les parties devant le Juge ſéculier, pour les contraindre à ſe ſéparer. Il doit même quelquefois les pourſuivre extraordinairement par la voie de la plainte, pour la réparation du ſcandale qu'elles ont cauſé. On peut apporter pour exemple d'un mariage ſcandaleux, celui qu'un homme marié auroit, du vivant de ſa femme, & dans le lieu où elle demeure, & où elle eſt connue, contracté avec une autre femme.

Le maintien du bon ordre étant confié à la puiſſance ſéculiere, c'eſt dans les Tribunaux ſéculiers que ceux qui ont contracté un mariage nul & ſcandaleux, doivent être pourſuivis à la requête des Procureurs du Roi ou Fiſcaux, pour être contraints à ſe ſéparer. Il y auroit abus, s'ils étoient pour cet effet pourſuivis à l'Officialité par le Promoteur. Nos Rois ont, à la vérité, attribué aux Juges d'Egliſe la connoiſſance des cauſes de mariage : cela les rend compétens pour celles qui ſont portées devant eux par l'une des parties, dans leſquelles il s'agit uniquement de juger ſi le mariage a été valablement contracté ou non : mais lorſqu'il eſt queſtion de réprimer le ſcandale que cauſent des perſonnes qui ont contracté un mariage ouvertement contraire à l'honnêteté publique, & aux Loix, & qui oſent vivre en conſéquence publiquement comme mari & femme, les Juges d'Egliſe ne peuvent être compétens ; ce n'eſt qu'à la puiſſance ſéculiere qu'appartient le maintien du bon ordre, & le pouvoir de réprimer tout ce qui peut le bleſſer. C'eſt ſur ces principes qu'eſt fondé l'Arrêt du 16 Février 1673, rendu ſur les concluſions de M. Talon. Dans l'eſpece de cet Arrêt qui eſt rapporté au Journal des Audiences, *tom.* 3, *liv.* 7, le Promoteur en l'Officialité de la Rochelle, avoit aſſigné devant l'Official un nommé Engaigné & ſa fem-

me, pour avoir déclaré nul leur mariage qui avoit été célébré par un Prêtre étranger dans une Chapelle domeſtique: l'Official avoit déclaré nul le mariage. Sur l'appel comme d'abus interjetté, tant de la Sentence que de toute la procédure, la Cour dit qu'il avoit été abuſivement procédé; & faiſant droit ſur les concluſions du Procureur-Général, enjoint aux parties de ſe retirer devant l'Evêque, pour, après leur avoir impoſé une pénitence, être procédé de nouveau à la célébration de leur mariage, & cependant défenſe de ſe fréquenter.

Depuis, le Roi par ſa Déclaration du 15 Juin 1697, a attribué aux Promoteurs des Officialités, le droit, dans un certain cas particulier, d'aſſigner les parties qui ont contracté un mariage nul, pour la réhabilitation de leur mariage lorſque le Procureur du Roi n'agit pas. Voici les termes de cette Déclaration: » Enjoignons à nos Cours de Parlement, & autres nos Juges.. » lorſqu'ils jugeront des cauſes ou procès dans leſquels il s'agira de maria» ges célébrés pardevant des Prêtres, autres que les propres Curés des con» tractans, ſans en avoir obtenu les diſpenſes néceſſaires; & même ſur les » pourſuites que nos Procureurs en pourront faire d'office dans la premiere » année de la célébration deſdits prétendus mariages, d'obliger ceux qui pré» tendent avoir contracté des mariages de cette maniere, de ſe retirer par» devant leur Archevêque ou Evêque, pour les réhabiliter ſelon les formes » preſcrites par les ſaints Canons & par nos Ordonnances, après avoir ac» compli la pénitence ſalutaire qui leur ſera par eux impoſée, telle qu'ils » l'eſtimeront à propos. Permettons auſſi aux Promoteurs deſdits Archevêques » ou Evêques, lorſque nos Procureurs, ou des parties intéreſſées ne feront » aucunes pourſuites pardevant nos Juges, de faire aſſigner devant leſdits » Archevêques ou Evêques, dans le terme ci-deſſus, & après en avoir ob» tenu d'eux une permiſſion expreſſe, les perſonnes qui demeurent & vivent » enſemble & qui n'ont point été mariées par les Curés des Poroiſſes dans » leſquelles elles demeurent, & qui n'ont point obtenu diſpenſe pour être » mariées par d'autres Prêtres, aux fins de repréſenter auxdits Prélats, dans » un temps convenable, les actes de célébration de leurs mariages. Voulons » qu'en cas que les Archevêques & Evêques trouvent que leſdits ma» riages n'aient pas été célébrés par les propres Curés des contractans, & » qu'il n'y ait d'ailleurs aucun autre empêchement, ils puiſſent leur enjoin» dre de les réhabiliter, ſelon les formes preſcrites par les ſaints Canons & » par nos Ordonnances, après avoir accompli la pénitence, *&c.* » Enſuite, il eſt enjoint aux Juges, ſur l'avis qui leur aura été donné par les Evêques, de contraindre par des condamnations d'amendes, les parties à ſe ſéparer, faute par elles d'obéir aux Ordonnance des Evêques.

Obſervez qu'aux termes de cette Déclaration, pour que le Promoteur puiſſe aſſigner les parties pour la repréſentation de l'acte de célébration de leur mariage, il faut que pluſieurs choſes concourent: 1°. Il faut qu'il s'agiſſe d'un mariage célébré par un Prêtre étranger, ſans la permiſſion de l'Evêque ou du Curé: 2°. Il faut que les parties contractantes ne ſoient pas déja traduites devant le Juge royal, ſoit à la requête du Procureur du Roi, pour repréſenter leur acte de célébration, ſoit à la Requête de quelque partie intéreſſée, *putà*

des pere & mere qui y auroient formé une accuſation en crime de rapt contre l'une des parties : c'eſt ce qui réſulte de ces termes, *lorſque nos Procureurs, ou des parties intéreſſées ne feront aucunes pourſuites pardevant nos Juges :* 3°. Il faut que ce ſoit dans l'année de la célébration du prétendu mariage, que le Promoteur donne cette aſſignation; c'eſt ce qui réſulte de ces termes, *permettons auſſi aux Promoteurs, ..... dans le terme ci-deſſus.* La raiſon eſt qu'après l'année de la célébration, la mémoire de l'irrégularité de la célébration du mariage eſt cenſée s'être effacée dans le public; & par conſéquent cette irrégularité n'eſt plus un vice public qui offenſe le public ; d'où il ſuit que le Procureur du Roi, qui ne peut inquiéter les parties qui ont contracté un mariage, dont perſonne ne ſe plaint, que pour des vices de leur mariage qui ſeroient publics, & qui offenſent le public, ne peut plus, après l'année, aſſigner les parties pour cette irrégularité; & par la même raiſon, le Promoteur qui ne fait que ſuppléer le Procureur du Roi, ne le peut plus après ce temps : 4°. Enfin, il faut, pour que le Promoteur puiſſe aſſigner les parties, qu'il en ait la permiſſion de l'Evêque, qui ſe met au bas de la Requête qu'il lui préſente pour cet effet.

Si les parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre étranger, peuvent être pourſuivies pour rapporter l'acte de célébration de leur mariage; à plus forte raiſon, le Procureur du Roi, ſur-tout lorſque l'Evêque lui en a donné avis, doit pourſuivre celles qui, ſans aucune célébration en face d'Egliſe, ſe ſont paſſer publiquement pour mari & femme : le Juge Royal doit en ce cas, ſur la demande du Procureur du Roi, enjoindre aux parties, ſous la commination de punition exemplaire, de ſe ſéparer juſqu'à la célébration de leur mariage en face d'Egliſe, & les renvoyer à cet effet devant l'Evêque, pour leur impoſer pénitence.

## ARTICLE II.

### *Par quelles voies, & devant quels Juges la caſſation d'un mariage peut-elle être demandée.*

Nous diſtinguerons à cet égard trois Cas.

#### PREMIER CAS.

452. Lorſque c'eſt l'une des parties qui ont contracté le mariage, qui veut en pourſuivre contre l'autre la caſſation, elle a pour cet effet deux voies, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire.

La voie ordinaire eſt l'aſſignation que la partie qui demande la caſſation de ſon mariage, doit donner à l'autre devant l'Official, pour en voir prononcer la nullité.

Quoique le mariage ſoit principalement un contrat civil, qu'il appartienne, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, & qu'en conſéquence il ſoit ſoumis à la puiſſance ſéculiere, néanmoins comme en tant qu'il eſt élevé à la dignité du Sacrement, il renferme auſſi quelque choſe de ſpirituel, nos Rois ont bien voulu permettre & attribuer aux Juges

d'Egliſe la connoiſſance des cauſes qui concernent les mariages, à la charge par eux de ſe conformer aux Ordonnances.

L'Edit du mois de Décembre 1606 eſt formel. Il y eſt dit, *art.* 12: » Nous » voulons que les cauſes concernant les mariages, ſoient & appartiennent à » la connoiſſance & juriſdiction des Juges d'Egliſe, à la charge qu'ils ſeront » tenus de garder les Ordonnances, » *&c.* ce qui eſt confirmé par l'Edit de 1695, *art.* 34, qui porte: » La connoiſſance des cauſes qui concernent les » Sacremes appartiendra aux Juges d'Egliſe: Enjoignons à nos Officiers, même » à nos Cours de Parlement de leur en laiſſer, & même de leur en renvoyer » la connoiſſance, ſans prendre aucune juriſdiction ni connoiſſance des af- » faires de cette nature, ſi ce n'eſt qu'il y eût appel comme d'abus interjetté » de quelque Jugement, Ordonnance ou procédure faite par le Juge d'E- » gliſe, ou qu'il s'agiſſe d'une ſucceſſion, ou autres effets civils, à l'occaſion » deſquels on traiteroit de l'état des perſonnes décédées, ou de celui de leurs » enfans. »

Le Juge d'Egliſe n'eſt compétent que pour ſtatuer ſur la validité ou invalidité du mariage. Si une des parties prétend contre l'autre des dommages & intérêts, le Juge d'Egliſe ne peut, ſans abus, en connoître. Il doit en ce cas, après avoir ſtatué ſur la validité ou invalidité du mariage, renvoyer pour les dommages & intérêts les parties devant le Juge ſéculier.

Pareillement, lorſque la queſtion n'eſt pas de ſçavoir ſi un mariage a été valablement contracté ou non, & qu'elle ne concerne que le fait; comme ſi dans le cas où les regiſtres d'une Paroiſſe étant perdus, l'une des parties ſoutient qu'il a été célébré un mariage entre elle & l'autre partie qui en diſconvient, la cauſe n'eſt pas de la compétence de l'Official, qui n'eſt Juge que de la validité ou invalidité des mariages; elle eſt de celle du Juge ſéculier; parce qu'en ce cas il s'agit *non de jure, ſed de quaſi poſſeſſorio matrimonii.* C'eſt ce qu'enſeignoit M. Talon dans un Plaidoyer ſur une cauſe jugée par Arrêt du 10 Juin 1636, rapporté par Bardet.

Les Juges d'Egliſe, auxquels nos Rois ont attribué la connoiſſance des cauſes des mariages, ſont les Officiaux; il y auroit abus ſi l'Evêque en prenoit connoiſſance par lui-même: en général, ſelon nos mœurs, les Evêques ne peuvent exercer par eux-memes la juriſdiction contentieuſe dont ils ſont cenſés s'être démis en la perſonne de leurs Officiaux.

453. La voie extraordinaire eſt l'appel comme d'abus que la partie peut interjetter en la Grand'Chambre du Parlement, ( à qui la connoiſſance de l'abus eſt attribuée, par les Ordonnances du Royaume) des Jugemens, Ordonnances, ou procédures faites par le Juge d'Egliſe ſur ce ſujet, lorſqu'il s'y trouve quelque choſe de contraire aux Ordonnances ou aux Canons. On peut auſſi interjetter appel comme d'abus de la célébration du mariage, lorſqu'on prétend qu'il a été célébré contre les Loix ou les Canons.

### Second Cas.

454. Lorſque c'eſt un pere, une mere ou un tuteur qui veut attaquer le mariage que ſon mineur a contracté ſans ſon conſentement, ces perſonnes ont pour cela la voie d'appel comme d'abus de la célébration du mariage faite ſans

ſans leur conſentement, qui eſt une contravention aux Ordonnances ; c'eſt auſſi par cette voie, que le Roi peut faire prononcer la nullité d'un mariage qu'un Prince de ſon ſang auroit contracté ſans ſon conſentement.

### Troisieme Cas.

455. Lorſque ce ſont les parens de l'une des parties, qui attaquent après ſa mort ſon mariage, pour exclure les enfans qui en ſont nés, de la ſucceſſion, ou la veuve, de ſon douaire & de ſes conventions matrimoniales, il eſt évident que la queſtion ne peut plus être portée devant le Juge d'Egliſe ; car il ne peut être compétent que pour juger du lien de mariage, dont il ne peut plus être queſtion après la mort de l'une des parties. N'étant plus queſtion entre les parties que d'intérêts temporels, il n'y a que le Juge ſéculier qui puiſſe être compétent ; c'eſt pourquoi l'affaire en ce cas, doit ſe porter au Parlement par la voie d'appel comme d'abus. C'eſt ce qui réſulte de ces termes qui ſont en fin de *l'Art.* 34 de l'Edit de 1695, *ou qu'il s'agiſſe d'une ucceſſion.*

## Article III.

### *De l'office du Juge dans les cauſes de caſſation de mariages ; & des Jugemens qui ſe rendent ſurcette matiere.*

456. Le lien du mariage étant un lien ſacré que Dieu forme lui-même entre les parties qui contractent un mariage valable, & que les parties ne peuvent rompre par leur conſentement mutuel ; l'acquieſcement que la partie aſſignée pour voir prononcer la nullité du mariage, donneroit à la demande, ne doit pas diſpenſer le Juge d'entrer dans un ſcrupuleux examen des preuves de l'empêchement dirimant qu'on prétend avoir empêché la validité du mariage ; & ce n'eſt qu'après que cet empêchement aura été pleinement juſtifié par des preuves ou littérales ou teſtimoniales, qu'il peut prononcer la nullité du mariage.

457. Il y a certaines eſpeces d'empêchemens dont on n'admet ordinairement que la preuve littérale ; tels que ſont ceux qui réſultent des Ordres ſacrés, de la Profeſſion religieuſe, de la parenté, de l'affinité, d'un autre mariage qui ſubſiſtoit lorſqu'a été contracté celui dont on demande la nullité. La preuve de ces eſpeces d'empêchemens devant ſe faire par le regiſtre des ordinations, par celui des profeſſions, par celui des baptêmes, ſépultures, & mariages ; néanmoins lorſque ces regiſtres ſont perdus, on peut y ſuppléer par la preuve teſtimoniale.

La déclaration de la partie, quand même elle offriroit de la confirmer par ſerment, même avec le concours du bruit public, n'eſt pas une preuve ſuffiſante de l'empêchement dirimant. C'eſt la diſpoſition du chap. *ſuper eo*, *Extr. de eo qui cogn. &c.* où Céleſtin III décide, qu'on ne doit pas prononcer la nullité d'un mariage, ſur ce que le mari déclare avoir eu avant ſon mariage un commerce charnel avec la ſœur de ſa femme, d'où il a réſulté une affinité charnelle qui a formé un empêchement dirimant de leur mariage, parce que, dit le Pape, on ne doit pas le croire à ſa déclaration, quand même il

offriroit de la confirmer par ſerment, & que le bruit public de ce commerce concourroit; autrement, dit-il, il arriveroit ſouvent que des parties, lorſqu'elles s'ennuyeroient de leur mariage, s'accuſeroient fauſſement de pareils commerces, pour faire caſſer un mariage valablement contracté.

458. Lorſque la nullité du mariage eſt demandée pour cauſe d'impuiſſance de l'une des parties, le Juge, pour en avoir la preuve, ordonne que la partie qu'on dit impuiſſante, ſera viſitée par des Chirurgiens ou par des Matrônes.

Autrefois on ordonnoit la preuve par le congrès; mais la Cour par ſon Arrêt de Réglement du 18 Février 1677, a défendu cette eſpece de preuve, qui étoit auſſi équivoque, qu'indécente & contraire à la pudeur.

Il ſuffit aujourd'hui qu'il réſulte de la viſite, que les parties extérieures ſont bien conformées, pour que la perſonne ne ſoit pas réputée impuiſſante.

Si la partie ſoutenoit que le vice d'impuiſſance ne lui eſt ſurvenu que depuis le mariage, & qu'en conſéquence le mariage eſt valable, ce ſeroit à elle à le prouver, ſuivant la regle de Droit, *ei incumbit probatio qui dicit*; L. 2, ff. *de probat.*

Par le droit des Décrétales, la déclaration que les deux parties, après une cohabitation de trois ans, font avec ſerment ſur les Saints Evangiles, qu'elles n'ont pu pendant ce temps avoir commerce enſemble, lorſqu'elle eſt ſoutenue par quelques indices extérieurs de défaut de virilité, peut paſſer pour une preuve ſuffiſante de l'empêchement d'impuiſſance ſur lequel on fonde la nullité du mariage. Nous ne ſuivons pas la diſpoſition de cette Décrétale.

459. Lorſque ſur la demande de l'une des parties qui ont contracté mariage, l'Official déclaroit nul leur mariage pour cauſe d'un défaut de forme, *putà* du défaut de bénédiction nuptiale ou du défaut de préſence du propre Curé, ou pour quelqu'autre empêchement dont on peut avoir facilement diſpenſe, il avoit coutume autrefois, en prononçant la nullité du mariage, d'ordonner que les parties ſeroient tenues de le réhabiliter & de ſe pourvoir, s'il en étoit beſoin, pour obtenir les diſpenſes néceſſaires.

Ces injonctions que les Officiaux faiſoient aux parties de réhabiliter leur mariage, ont été déclarées abuſives par les Arrêts des Parlemens. Goart en ſon Traité des Bénéfices, *tom.* 7, *pag.* 265, *édit. de* 1765, en cite un du 11 Mars 1710, qui eſt auſſi cité par d'autres Auteurs. Nos Rois, en attribuant aux Juges d'Egliſe la connoiſſance des mariages, ne les ont établi Juges que de la validité ou invalidité des mariages. Leur pouvoir ſe borne donc à juger que le mariage eſt ou n'eſt pas valablement contracté: ils excedent ce pouvoir lorſqu'ils ordonnent autre choſe. Lorſque c'eſt au Parlement que la cauſe, ſur le vice d'un mariage célébré par un Prêtre étranger, eſt portée ſur un appel comme d'abus, le Parlement, en prononçant la nullité du mariage, ordonne que les parties ſe pourvoiront devant l'Evêque pour le réhabiliter, ſuivant la Déclaration du 15 Juin 1697, rapportée *ſuprà*, *n.* 451.

460. Par un Arrêt de Réglement du 20 Mars 1687, rapporté par Augeard, il eſt fait défenſe à tous les Officiaux du reſſort, de prononcer en ma-

tiere de mariage, que leur ſentence ſera exécutée nonobſtant l'appel.

461. Il nous reſte à obſerver une choſe qui eſt particuliere aux jugemens qui ſe rendent en cette matiere. Un jugement dans toute autre matiere, lorſqu'il a paſſé en force de choſe jugée, ne peut plus ſe retracter par des preuves ſurvenues depuis le jugement, qu'on offriroit de faire de l'erreur dans laquelle le Juge eſt tombé, comme nous l'avons vu en notre Traité des Obligations, *part.* 4, *chap.* 3, *ſect.* 3. Au contraire, les jugemens en cette matiere ont cela de particulier, que ſi un mariage a été déclaré nul pour un empêchement dirimant qui a paru alors au Juge ſuffiſamment juſtifié, ce jugement peut être retracté par de nouvelles preuves ſurvenues depuis, qui établiſſent que l'empêchement ne ſubſiſtoit pas; & les parties doivent, nonobſtant ce jugement, être condamnées à retourner enſemble; *Cap. lator. Ext. de ſent. & de judic.*

Conformément à ces principes, un nommé Jourdain ayant laiſſé rendre contre lui un Arrêt par défaut ſur les concluſions des Gens du Roi, qui déclaroit nul ſon mariage, pour cauſe de prétendue impuiſſance, lequel Arrêt lui avoit été ſignifié à ſa perſonne; ſa femme s'étant en conſéquence mariée depuis à un autre homme; ſur l'appel comme d'abus que le premier mari interjetta du mariage de ſa femme avec un autre, comme fait au préjudice d'un premier mariage ſubſiſtant, il fut, nonobſtant l'Arrêt rendu contre lui, qui avoit déclaré nul ſon mariage, reçu à en juſtifier la légitimité, & il fit en conſéquence déclarer nul celui que ſa femme avoit contracté avec un autre homme, par Arrêt du 30 Décembre 1700, rapporté au 5^e^. tome du Journal des Audiences.

# CHAPITRE II.

## *De la diſſolution du Mariage.*

462. LE mariage ne ſe diſſout que par la mort naturelle de l'un des conjoints : tant qu'ils vivent l'un & l'autre, il eſt indiſſoluble.

Néanmoins le Droit Romain réputoit le mariage diſſous par le divorce, & pareillement par l'eſclavage de l'un des conjoints. Nous en traiterons dans un premier article : nous verrons dans un ſecond article, ſi la Profeſſion religieuſe de l'un des conjoints rompt le mariage : dans un troiſieme, ſi l'adultere le rompt. Enfin, dans un quatrieme, ſi le mariage contracté entre deux infideles, peut être rompu, lorſque l'un des conjoints s'eſt converti à la foi Chrétienne, & que l'autre demeure dans l'infidélité.

## ARTICLE PREMIER.

### *Du Divorce, & de l'Eſclavage.*

### §. I.

### *Du Divorce.*

463. Par le Droit Romain, le mariage ne pouvoit pas, à la vérité, ſe diſſoudre par le ſeul conſentement des parties; mais ſous les Empereurs Chrétiens même, il étoit, dans le for extérieur, cenſé diſſous par un divorce célébré dans la forme légale. C'eſt ce que nous diſent les Empereurs Théodoſe & Valentinien : *Conſenſu licita matrimonia poſſe contrahi, contracta nonniſi miſſo repudio diſſolvi præcipimus : ſolutionem etenim matrimonii difficiliorem debere eſſe favor imperat liberorum*; L. 8. *Cod. de repud.*

Juſtinien, dans ſes Pandectes, adopte pour Loi un texte de Paul, qui met le divorce au nombre des manieres dont ſe diſſout le mariage ; *dirimitur matrimonium* DIVORTIO, *morte, captivitate, vel aliâ contingente ſervitute utrius eorum ;* L. 1. ff. *de divort.*

Quoique le divorce ſoit condamné par l'Evangile, les Empereurs Chrétiens, par des raiſons de politique, ne l'avoient pas aboli, & ils s'étoient bornés à en reſtreindre la liberté : ſur quoi on peut voir la Loi 8, §. 1, 2, 3, 4, 5, *Cod. de repud.* & la Novelle 117.

464. Quoique le divorce fût permis alors par les Loix ſéculieres, & qu'en conſéquence, après un divorce célébré dans la forme légale, chacune des parties pût, dans le for extérieur, paſſer du vivant de l'autre à un autre mariage, néanmoins l'Egliſe regardoit le divorce comme défendu par l'Evangile, & comme incapable de rompre le lien du mariage : en conſéquence elle regardoit comme un adultere, plutôt que comme un mariage, celui que l'une des parties contractoit après le divorce du vivant de l'autre, avec une autre perſonne ; & quoiqu'il fût réputé valable dans le for extérieur, elle retranchoit de ſa Communion les parties qui l'avoient contracté, juſqu'à ce qu'elles ſe ſéparaſſent, & elle les ſoumettoit à la pénitence, à laquelle étoient aſſujettis par les canons les adulteres. Elle regardoit même la partie qui avoit fait le divorce, comme coupable devant Dieu de l'adultere que commettoit l'autre partie en ſe remariant, parce qu'elle y avoit donné occaſion en la répudiant : *Dimittis uxorem*, dit S. Ambroiſe ſur S. Luc, *lib. 8, n. 5, quaſi jure ſine crimine, & putas id tibi licere, quia lex humana non prohibet, ſe divina prohibet : qui hominibus obſequeris, Deum verere ; audi legem Domini cui obſequuntur, etiam qui leges ferunt : quæ Deus conjunxit, homo non ſeparet :* au nomb. 6, il ajoute : *ſi* ( repudiata ) *nubat, neceſſitatis illius tuum crimen eſt, & conjugium quod putas, adulterium eſt.*

Le Pape Innocent Premier, dans ſa Lettre décrétale à Exupere, Evêque de Toulouſe, *cap. 6*, dit : *de his etiam requiſivit dilectio tua, qui intervenientе repudio, alii ſe matrimonio copulantur, quos in utrâque parte adulteros eſſe manifeſtum eſt, qui viro vel uxore vivente, quamvis diſſociatum* ( par un

divorce légal) *videtur esse conjugium, ad aliam copulam festinarunt, neque possunt adulteri non videri ; in tantum ut hæ personæ quibus tales conjuncti sunt, etiam ipsæ adulterium commisisse videantur, secundùm illud quod legimus in Evangelio, qui dimiserit uxorem suam, & duxerit aliam, mœchatur ; qui dimissam duxerit uxorem, mœchatur, ideo omnes à communione fidelium abstinendos.* C'est la troisieme des Lettres de ce Pape au second tome des Conciles du Pere Labbe, *p.* 1254.

Remarquez que quoique ces mariages fussent alors permis par la Loi civile & dans le for extérieur, le Pape veut que ceux qui les contractent, soient retranchés de la communion des fideles.

465. Dans les Etats Protestants, le divorce est encore permis pour de certaines causes, & en observant certaines formalités; Voyez le Code Fréderic, *p.* 1, *l.* 2, *t.* 3, §. 3, *ch.* 35.

466. Le divorce n'est pas admis dans notre Droit, pour quelque cause que ce soit; nous n'admettons que la séparation d'habitation, dont nous traiterons au chapitre troisieme.

## §. II.

## *De l'Esclavage.*

467. Suivant le Droit Romain, le mariage étoit rompu, lorsque l'un des conjoints devenoit esclave ; *dirimitur matrimonium captivitate vel aliâ contingente servitute utrius eorum*; L. 1, ff. *de divort.*

Quoique la captivité de celui qui étoit tombé en la puissance des ennemis, fût alors un veritable esclavage, qui, en lui faisant perdre tout son état civil, rompoit son mariage ; néanmoins la faveur du Droit, qu'on appelloit *Jus postliminii ;* Loi qui rétablissoit le captif, lors de son retour, dans tous ses droits aussi parfaitement que s'il ne les eût jamais perdus, empêchoit sa femme de pouvoir se remarier, tant qu'on le sçavoit vivant, & qu'il y avoit lieu par conséquent d'espérer son retour. Dans le cas auquel il étoit incertain s'il étoit en vie, la femme, pour pouvoir se remarier, devoit attendre qu'il se fût écoulé cinq ans depuis la captivité.

C'est ce que nous apprenons de la Loi 6, ff. *de Divort.* où il est dit : *Uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere, eo solo quod alii temerè nubere non possunt : & generaliter definiendum est donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores migrare ad aliud matrimonium..... Si autem in incerto est an vivus apud hostes teneatur, vel morte præventus ; tunc, si quinquennium à tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias.*

La même chose s'observoit à l'égard du mari, lorsque c'étoit la femme qui étoit tombée en la puissance des ennemis. *Eodem jure & in marito in civitate degente & uxore captivâ observando ; d.* L. 6.

Tout autre esclavage de l'un des conjoints, donnoit à l'autre incontinent la faculté de passer à un autre mariage.

Tout ceci n'avoit lieu que dans le for extérieur. Devant Dieu, le lien du mariage ne peut se dissoudre que par la mort naturelle de l'un des conjoints.

L'eſclavage étant aboli en Frrnce, tout ce qui a été dit dans ce paragraphe, ne peut recevoir dans notre Droit aucune application.

## ARTICLE II.

### *De la Profeſſion religieuſe.*

Nous établirons dans un premier paragraphe le principe de l'inſuffiſance de la Profeſſion religieuſe pour rompre le lien du mariage : dans un ſecond, nous expoſerons l'exception que le droit des décrétales & le Concile de Trente ont faite à ce principe, à l'égard des mariages qui, quoique parfaits, n'ont pas encore été conſommés par le commerce charnel.

### §. I.

### *De l'inſuffiſance de la Profeſſion religieuſe pour rompre le lien du Mariage.*

468. L'Empereur Juſtinien, par ſa Novelle 21, *cap.* 5, avoit permis le divorce à celui de deux conjoints par mariage, qui vouloit embraſſer la Profeſſion religieuſe. Il ne penſoit pas que ce fût en ce cas permettre à l'homme de ſéparer ce que Dieu avoit uni. Il croyoit que ce n'étoit pas l'homme, mais Dieu lui-même qui, en inſpirant à cette partie le deſſein d'embraſſer un état plus parfait, & de ſe conſacrer à lui entiérement par la Profeſſion religieuſe, rompoit le lien du mariage qu'il avoit formé.

Le Pape S. Grégoire s'eſt élevé avec force contre cette Loi : il ne craint pas de dire qu'elle eſt contraire à la parole de Dieu, & qu'elle ne peut en conſéquence être ſuivie dans le for de la conſcience. Voici comme il s'en explique dans ſa lettre à Théotiſta, qui eſt la 39e du livre IXe. *Si dicunt*, dit-il, *religionis cauſâ conjugia debere diſſolvi, ſciendum eſt, quia etſi hoc lex humana conceſſit*, (il entend parler de la Novelle de Juſtinien ci-deſſus citée,) *lex divina prohibuit; per ſe enim veritas dicit : Quos Deus conjunxit, homo non ſeparet; quæ etiam ait : non licet dimittere uxorem, exceptâ cauſâ fornicationis. Quis huic cæleſti legiſlatori contradicat ? Scimus quia ſcriptum : erunt duo in carne unâ; ſi ergo vir & uxor, una caro ſunt, & religionis cauſa vir dimittit uxorem, vel mulier virum in hoc mundo remanentem, vel etiam fortaſsè ad illicita vota migrantem, quæ eſt iſta migratio vel converſio, in quâ una eademque caro & ex parte tranſit ad continentiam, & ex parte remanet in pollutione ?*

Il enſeigne la même choſe dans la 44e de ſes lettres du même livre, par laquelle, ſur la plainte qu'une femme lui avoit faite que ſon mari l'avoit quittée pour ſe faire Moine, ce Pape ordonne qu'après information faite, on le rende à ſa femme, *etiamſi jam tonſuratus eſt, quia etſi mundana lex præcipit converſionis gratiâ utrolibet invito poſſe ſolvi conjugia, divina hoc tamen lex fieri non permittit.... quia, poſtquàm copulatione conjugii viri atque mulieris unum corpus efficitur, non poteſt ex parte converti & ex parte in ſæculo remanere.*

Les deux parties peuvent bien d'un commun conſentement, le lien du

mariage subsistant, se séparer pour embrasser l'état de continence; mais il ne suffit pas que l'une de parties ait, pour l'embrasser, la permission de l'autre partie; il faut que celle-ci l'embrasse pareillement; *quia*, dit ce Pape, *postquàm copulatione.... unum corpus efficitur, non potest ex parte converti & ex parte in sæculo remanere.*

469. S. Augustin avoit pareillement enseigné, avant S. Grégoire, que l'un des deux conjoints par mariage ne pouvoit garder un vœu de continence qu'il avoit fait, si l'autre conjoint n'étoit résolu d'en faire autant. C'est ce que nous trouvons dans sa lettre à Armentarius, qui est la 227e. *Una sola causa esse*, lui dit-il, *quâ te quod vovisti non solùm non hortaremur, sed prohiberemus implere; si tua conjux hoc tecum suscipere animi seu carnis infirmitate recusaret.... vovenda talia non sunt à conjugibus, nisi ex consensu & voluntate communi.*

Ensuite il ajoute: *sed cùm jam paratam esse audiam Deo dicare continentiam, ut eo solo impediatur, si tibi debitum reddere jure conjugali compellatur, ambo Deo reddite quod Deo vovistis.*

Ce Pere enseigne la même chose dans sa lettre à Ectiditia, qui est la 199e. & ailleurs.

470. Nous trouvons la même doctrine dans les lettres du Pape Nicolas I, qui étoit assis sur le Saint Siege vers le milieu du 9e. siecle. Ce Pape dans sa lettre à la Reine Theutberge, femme du Roi Lothaire, qui est la 48e de ses lettres, au *tome* 8 des Conciles du P. Labbe, *p.* 427, lui écrit qu'elle ne peut pas quitter son mari pour embrasser l'état de continence, si son mari ne consent sérieusement de l'embrasser pareillement. *Si amore pudicitiæ solutionem matrimonii quæris, hanc tibi nullo pacto noveris tribuendam, nisi vir tuus eamdem pudicitiam non fictè sectatus extiterit; denique ut cum B. Gregorio dicatur: si continentiam quam vir uxoris non sequitur, aut quam uxor appetit, vir recusat, dividi conjugium non licet.*

Il dit la même chose dans sa lettre au Roi Lothaire, qui est la 51e. Si votre femme Theutberge, lui dit-il, *amore pudicitiæ, separationem quærit.... certum est quoniam mulier potestatem corporis sui non habet.... verùm si & ipse pudicitiam sectatus religionis obtentu copulam dissolvere vis, tantùm ne simulatè fiat, concedimus: nam licet scriptum sit, quod Deus conjunxit, homo non separet, Deus tamen & non homo separat quando divini amoris intuitu ex consensu utriusque conjugis matrimonia dissolvuntur; si ergo hoc modo vis, nos grato permittimus animo, celeremque præbemus assensum; aliter autem fieri mutuam vestram separationem prohibemus.*

471. Il paroît aussi que cette séparation des personnes mariées, pour embrasser la continence, devoit se faire avec l'autorité & le conseil de l'Evêque. C'est ce que nous trouvons dans les Canons des Prêtres de Northumberland, qui sont du dixieme siecle, & qui sont rapportés au 9e tome des Conciles, *p.* 726 *& seq.*: il est dit au Canon 34: *unusquisque justè teneat matrimonium suum dùm uxor vixerit, nisi fortè acciderit quod consilio Episcopi separentur, ut divisim postea vivant in castitate.*

472. Il est tellement nécessaire pour que la séparation soit valable, que l'un & l'autre des conjoints fasse vœu & profession de continence, que si

l'un des conjoints, *putà* l'homme, a fait profession religieuse, quoiqu'avec le consentement de sa femme; si sa femme n'en a pas fait autant, sa profession est nulle, & il doit retourner avec elle. C'est ce que décide le Pape Alexandre III. *Utrum laïcus uxoratus qui præsentibus Sacerdotibus & Monachis... de licentiâ & permissione uxoris monasterium ingressus professionem fecit, uxore in sæculo remanente.... possit ad thorum revocari uxoris... dicimus quod nisi uxor ad religionem transeat, aut perpetuò castitatem servare promiserit, vir potest & debet de monasterio revocari. Cap. 1°. Ext. de convers. conjug.*

Il ne suffiroit pas même pour que l'un des conjoints fût admis à la profession religieuse, que l'autre, en restant dans le monde, promît & fît vœu de garder la continence; il faut que l'un & l'autre entrent en couvent, & fassent profession religieuse, à moins que la femme de l'homme qui veut se faire Religieux, ne fût d'un âge avancé, & d'une vie édifiante qui ne permît pas d'appréhender qu'elle manquât à son vœu de continence; auquel cas l'homme peut être admis à la profession, & la femme rester dans le monde, pourvu qu'elle fasse vœu publiquement d'y garder la continence. C'est ce qui est porté par les Chapitres 4 & 8 au même titre, qui sont du même Pape.

Cela doit être sur-tout permis, lorsque la femme a des enfans à élever, comme dans l'espece du chapitre 8.

473. Il en est de même à cet égard, de la promotion aux ordres sacrés, comme de la profession religieuse; on ne doit pas ordonner un homme marié, si sa femme ne fait pareillement vœu de continence. C'est ce que décide Alexandre III : *Nullus conjugatorum est ad sacros ordines promovendus, nisi ab uxore continentiam profitente fuerit absolutus; cap. 5, Ext. d. tit.*

Cela doit sur-tout avoir lieu à l'égard de la promotion à l'Epiſcopat. Alexandre III défend d'ordonner Evêque un homme marié, si sa femme n'a fait auparavant la profession religieuse : *prohibemus ne uxoratum præsumatis in Episcopum ordinare, nisi uxor* PRIUS *professa continentiam sacrum sibi velamen imponat, & religiosam vestem assumat; cap. 6, Ext. d. tit.*

474. Il y a un cas auquel un homme marié pourroit n'avoir pas besoin en tout du consentement de sa femme pour être promu aux Ordres sacrés, ni pour la profession religieuse C'est celui auquel il l'auroit fait déclarer convaincue d'adultere, & condamner en conséquence à la réclusion, par un jugement qui auroit force de chose jugée; car la femme ayant perdu en ce cas le droit de demander le devoir conjugal, & de demeurer avec son mari, son consentement cesse d'être nécessaire.

C'est l'avis de Ducasse dans son Traité de la Juriſdiction ecclésiastique, pour lequel on peut tirer argument du chap. 15, *ext. d. tit.* Dans l'espece de cette Décrétale, une femme ayant eu querelle avec son mari, l'avoit quitté, & avoit épousé un autre homme; le mari depuis s'étoit fait ordonner Prêtre, & s'étoit fait ensuite Moine de Cîteaux; le Pape Innocent III décide que cette femme doit quitter son second prétendu mari, avec qui elle vivoit en adultere, & qu'elle ne doit pas être reçue à redemander le premier.

Si la femme n'avoit été condamnée que par un jugement par défaut, le mari ne pourroit pas, du vivant de cette femme, être admis aux ordres sacrés,

crés, ni à la Profeſſion religieuſe, même après les cinq ans, parce qu'elle peut toujours purger la contumace.

## §. I I.

### *Exception que le Droit des Décrétales & le Concile de Trente ont apportée au principe ſur l'inſuffiſance de la Profeſſion religieuſe, pour rompre le lien de mariage.*

475. Le Droit des Décrétales a apporté une exception au principe ſur l'inſuffiſance de la profeſſion religieuſe pour rompre le lien du mariage, par une diſtinction qu'il a faite entre le mariage qui, quoiqu'il ait reçu ſa perfection par le conſentement des deux parties, n'a pas encore été conſommé par le commerce charnel, & qu'il appelle *matrimonium ratum non conſummatum*; & celui qui a été conſommé par le commerce charnel, *matrimonium conſummatum*. Ce n'eſt qu'à cette derniere eſpece de mariage que le droit des Décrétales donne le caractere de cette parfaite indiſſolubilité, qui ne peut être rompue, même par la profeſſion religieuſe. A l'égard du mariage qui eſt *ratum & non conſummatum*, il permet à l'une des parties de le rompre pour embraſſer la Profeſſion religieuſe, ſans qu'elle ait même beſoin pour cela du conſentement de l'autre partie.

C'eſt ce que décide le Pape Alexandre III, qui occupoit le Saint-Siege vers le déclin du 12e. ſiecle, dans ſa Décrétale qui eſt au chap. 2, *Ext. de converſ. conjug. Poſt conſenſum legitimum de præſenti*, dit ce Pape, *licitum eſt alteri, altero etiam repugnante, eligere monaſterium, ſicut ſancti quidam, de nuptiis vocati fuerunt, dummodò carnalis copula non intervenerit inter eos, & alteri remanenti, ſi commonitus continentiam ſervare voluerit, ad ſecunda vota tranſire.* Il en apporte cette raiſon : *Quia quàm non fuiſſent una caro ſimul effecti, poteſt unus ad Deum tranſire, & alter in ſæculo remanere.*

Le même Pape décide la même choſe au chap. 7 du même titre. Dans l'eſpece de ce chapitre, l'Evêque de Vérone ayant employé l'excommunication pour contraindre une femme à retourner avec ſon mari, cette femme, ſur l'appel, ayant allégué qu'elle avoit intention de ſe conſacrer à Dieu par la Profeſſion religieuſe, & que ſon mariage n'avoit pas été conſommé par le commerce charnel, le Pape ordonne de l'abſoudre, à la charge que dans les deux mois elle exécuteroit ſon pieux deſſein, en ſe faiſant Religieuſe, ou retourneroit avec ſon mari. Le Pape termine cette Décrétale en répondant à l'objection qu'on pourroit tirer de ce que l'Evangile enſeigne ſur l'indiſſolubilité du mariage : *Sanè*, dit-il, *quod Dominus in Evangilio dixit, non licere viro niſi ob cauſam fornicationis uxorem dimittere, intelligendum eſt ſecundùm interpretationem ſacri eloquii de his quorum matrimonium carnali copulâ eſt conſummatum, ſine quâ conſummari non poteſt.*

Le Pape Innocent III, qui occupoit le Saint-Siege dans le 13e. ſiecle, décide la même choſe dans ſa Décrétale qui eſt au chap. 14 du même titre : après s'être fait l'objection de l'indiſſolubilité du mariage, il dit : *Nos tamen à prædeceſſorum veſtigiis nolentes declinare, qui reſpondere conſulti, antequàm matrimonium ſit per carnalem copulam conſummatum, licere alteri conjugum, al-*

*altero inconsulto, ad religionem transire, ità quod reliquus ex tunc legitimè poterit alicui copulari : hoc ipsum tibi consulimus observandum, &c.*

Il résulte de ces termes *nos à prædecessorum vestigiis*, qu'Alexandre III n'est pas le seul des prédécesseurs de ce Pape, qui ait décidé la question de cette maniere, & que d'autres l'avoient décidée de même.

476. Il paroît que ces Papes avoient puisé cette distinction du *matrimonium ratum & non consummatum*, & du *matrimonium consummatum*, dans le décret de Gratien. Cet Auteur en la cause 27, *quæst.* 2, après avoir établi par plusieurs textes, que l'un des conjoints par mariage, ne pouvoit pas quitter l'autre sans son consentement pour embrasser l'état de continence, dit qu'il en est autrement, lorsque le mariage n'a pas encore été consommé par le commerce charnel, & que l'un des époux peut, en ce cas, quitter l'autre sans son consentement, pour embrasser l'état de continence. C'est ce qu'il tâche d'établir par les exemples de saint Macaire & de saint Alexis, qu'il dit s'être retirés le jour de leur mariage, à l'insçu de leur épouse, pour aller se confiner dans la solitude.

Il paroît qu'Alexandre III en sa Décrétale, *cap.* 2, *Ext. de conversi. conjug.* ci-dessus rapportée, fait allusion à ces histoires par ces termes de sa Décrétale : *sicut sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt.*

Ces histoires qui étoient crues au temps de Gratien, & sur lesquelles cet Auteur fondoit l'opinion en laquelle il étoit, qu'avant la consommation du mariage, l'un des époux pouvoit, sans le consentement de l'autre, se retirer pour embrasser la continence, ont été depuis reconnues pour apochryphes; & le sçavant M. Baillet, dans les vies de ces Saints, ne les a pas adoptées.

477. Gratien prétend encore établir sa distinction du mariage non-consommé, & du mariage consommé, par le canon 27, où il est dit : *Desponsatam puellam non licet parentibus alii viro tradere; licet tamen illi monasterium eligere.* Et par le Canon 28, où il est dit : *Decreta legalia desponsatam, si converti voluerit, nullo omninò censuerunt damno mulctari.*

Gratien qui avoit trouvé ce canon 27 dans d'autres collections, sans sçavoir d'où il étoit tiré, l'a attribué, sans aucun fondement, au Pape Eusebe. Il est pris du Pénitentiel de Théodore de Cantorbery, dans le 7^e^. siécle. A l'égard du canon 28, il se trouve effectivement dans une des Lettres de saint Grégoire, à qui il l'attribue. Pour que ces deux canons pussent prouver quelque chose pour la distinction du mariage non-consommé & du mariage consommé, il faudroit qu'il fût certain que dans les Auteurs d'où ces deux canons son tirés, le terme *desponsatam* fût pris dans le même sens dans lequel Gratien l'entend, c'est-à-dire, pour une *mariée*, dont le mariage n'a pas encore été consommé : mais il n'est rien moins que certain que ce terme y soit pris dans ce sens, pouvant y être pris pour une simple *fiancée* qui n'a encore contracté que des fiançailles ; ce dernier étant même le sens le plus commun & le plus obvie du terme *desponsata.*

478. On peut faire la même réponse aux autres passages des Peres, qu'on a coutume d'alléguer pour autoriser la distinction du mariage *consummatum*, & de celui qu'on appelle *ratum non consummatum*, qu'on prétend pouvoir se dissoudre par la Profession religieuse de l'une des parties, sans le consentement de l'autre.

On a coutume de citer saint Augustin au livre huit de ses Confessions, *chap. 6*, où il raconte l'histoire de deux amis, qui ayant été touchés de la lecture de la vie de saint Antoine, conçurent le dessein d'embrasser la vie religieuse, & l'exécuterent aussi-tôt : *ambo habebant* SPONSAS, ajoute saint Augustin, *quæ posteaquàm hoc audierint, dicaverunt etiam ipsæ virginitatem tibi.*

Pour que ce texte prouvât quelque chose, il faudroit établir que saint Augustin a entendu par le terme *sponsas*, des épouses dont le mariage, quoique déja parfait, n'avoit pas encore été consommé ; mais c'est ce qu'on ne peut établir : & il est plus naturel d'entendre ce terme *sponsas* dans sa signification la plus ordinaire, pour de simples *fiancées* ; auquel cas il ne résulte rien autre chose de ce texte, sinon que l'une des parties peut, en embrassant la Profession religieuse, dissoudre, sans le consentement de l'autre partie, l'engagement qui résulte de simples fiançailles ; & c'est une chose dont tout le monde convient.

479. Il en est de même de la Lettre de saint Grégoire-le-Grand à Fortunat & Antheme, qui est la vingtieme du sixieme livre de ses lettres, dans l'édition des Bénédictins, où il est dit : *Catellus præsentium lator nobis innotuit, sororem suam quæ Stephano cuidam fuerat* DESPONSATA, *divinæ propitiationis instinctu, Neapoli in monasterio fuisse conversam, atque eumdem Stephanum domum & res ejus aliquas indebitè retinere ; & quia decreta legalia desponsatam si voluerit converti, nullo censuerunt damno mulctari, fraternitas tua unà cum Anthemio veritatem studeat perscrutari ; & si domum vel quid aliud eumdem Stephanum detinere cognoscatis, eum adhortatio vestra admoneat, ut quæ indebitè detinet, restituat.* Pour qu'on pût tirer de ce texte une preuve que saint Grégoire pensoit qu'une femme déja mariée, pourvu que son mariage ne fût pas encore consommé, pouvoit le rompre en se faisant Religieuse, même sans le consentement de son mari, il faudroit qu'il fût certain que dans ce texte, le terme *desponsata* dût s'entendre d'une femme mariée, dont le mariage n'a pas encore été consommé ; ce qui n'est rien moins que certain, puisqu'il peut s'entendre aussi-bien, selon même sa signification la plus ordinaire, d'une simple fiancée qui n'avoit pas encore contracté mariage avec son fiancé, mais qui étoit sur le point de le contracter, & qui avoit déja d'avance mis son fiancé en possession d'une maison & d'autres choses qu'elle se proposoit de lui apporter en dot.

On cite un autre passage du même saint Grégoire, tiré du troisieme livre de ses Dialogues, *cap. 14*, où il est rapporté qu'une vierge nommée Grégoria, *constitutis jam nuptiis*, avoit fui dans une Eglise, & avoit embrassé la Profession religieuse. Ce texte ne paroît rien moins que décisif ; car on peut très-commodément l'entendre en ce sens, que le mariage étoit arrêté, & que les préparatifs étoient déja faits pour le contracter avec les solemnités ordinaires ; & il n'est point du tout nécessaire de supposer que le mariage fût déja contracté.

On se convaincra encore plus, que le sens que nous donnons à ces termes de la version *constitutis jam nuptiis*, est le vrai sens de saint Grégoire, si on consulte son texte original, où il est dit : γάμων ἤδη ὡρισμένων ce terme ὡρισμένων est le participe du verbe ὁρίζω *destino*, & par conséquent ces termes signifient *nuptiis jam destinatis*, & non pas *jam contractis*.

480. On cite encore ce que Grégoire de Tours *de Vitis Patrum, cap. ult.* rapporte de saint Liébard : *Quum ad legitimam pervenisset ætatem, cogentibus, juxtà consuetudinem humanam, parentibus, ut arrham puellæ, quasi uxorem accepturus, daret impellitur.* Grégoire de Tours rapporte ensuite le discours que lui fit son pere pour l'y déterminer contre son inclination ; *Illo respuente ait pater, cur dulcissime filî, &c. Hæc patre loquente, facilè tali ætatulæ persuasit voluntati propriæ contrariæ ; denique dato sponsæ annulo porrigit osculum, præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum.* Enfin Grégoire de Tours ajoute que le pere & la mere de Liébard étant morts peu après, Liébard, *onustus dolis nuptialibus*, alla voir son frere qu'il trouva ivre, & qu'ayant été touché de Dieu, il alla embrasser l'état religieux près de Tours.

Pour tirer argument de ce que Grégoire de Tours rapporte de saint Liébard, il faudroit qu'il eût dit nettement que Liébard étoit déja marié lorsqu'il alla embrasser l'état religieux. C'est ce qu'il ne dit pas : il dit seulement que le pere & la mere de Liébard le déterminerent contre son inclination à contracter des fiançailles avec une fille : *ut arrham puellæ, quasi uxorem accepturus, daret impellitur ;* que Liébard, se rendant à leurs instances, contracta en effet ces fiançailles avec la fille, *dato sponsæ annulo porrigit osculum ; præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum.* Il n'est pas dit *nuptiarum diem festum ;* il est dit *sponsalium :* il n'y avoit donc eu que des fiançailles.

La tradition de l'anneau & tout le reste dont il est parlé, ne désigne que des fiançailles. Il est vrai qu'il est dit ensuite que Liébard alla chez son frere, *onustus donis nuptialibus ;* mais les présens qui se faisoient en faveur du mariage, se faisoient aussi-bien avant comme depuis le mariage ; & soit qu'ils se fissent avant ou depuis, ils s'appelloient toujours *dona nuptialia ;* ainsi cela ne prouve pas encore que Liébard eût été marié.

481. Enfin, on cite assez mal-à-propos ce que le vénérable Bede, *lib. 4, histor. Angl.* rapporte de la Reine Edeldride, qui après avoir vécu dans la continence pendant douze ans de mariage avec le Roi Egbert son mari, se retira dans un Monastere où elle fit Profession religieuse, & dont elle devint Abbesse un an après : car Bede dit expressément qu'elle n'y entra qu'avec la permission du Roi son mari, qui eut bien de la peine à la lui accorder ; *Multum diù Regem postulans ut seculi curas relinquere & in Monasterio tantùm Christo servire permitteretur, quod ubi vix aliquando impetravit, intravit Monasterium* : n'y étant entrée qu'avec la permission de son mari, son exemple ne peut pas servir à prouver qu'il est permis à une femme, dont le mariage n'a pas encore été consommé, de quitter son mari sans son consentement, pour embrasser la Profession religieuse.

482. Quoi qu'il en soit de ce qui a pu servir de fondement au Droit des Décrétales sur la distinction du mariage consommé & du mariage non-consommé, & sur la force qu'on donne à la Profession religieuse de dissoudre le mariage non-consommé, par la profession que fait l'un des époux, quoique sans le consentement de l'autre ; ce droit étoit si universellement reconnu dans l'Eglise au temps du Concile de Trente, que le Concile jugea à propos de confirmer cette discipline, jusqu'à frapper d'anathême ceux qui la contrediroient : *Si quis dixerit*, dit ce Concile, *matrimonium ratum non consum-*

*matum, per ſolemnem religionis profeſſionem alterius conjugum non poſſe dirimi, anathema ſit; ſeſſ. 24, can. 6.*

483. Fra-Paolo, en rappportant ce canon au livre huit de ſon hiſtoire, *n.* 21, dit: » Pluſieurs furent ſurpris que l'on donnât à croire comme arti» cle de foi, que le mariage non-conſommé peut être diſſous par une pro» feſſion ſolemnelle de religion; car comme le mariage non-conſommé par » la conjonction charnelle, eſt un lien inſtitué par la Loi divine, au lieu que » la ſolemnité de la profeſſion eſt ſeulement de droit poſitif, comme Boni» face VIII l'a déclaré, & que d'ailleurs l'Ecriture Sainte aſſure qu'il y » avoit un vrai mariage entre Marie & Joſeph, il ſembloit fort étrange » qu'un lien humain rompît un lien divin. »

On reconnoît la malignité de Fra-Paolo, qui pour tourner en ridicule le Concile, voudroit faire entendre qu'il a fait de ce canon *6*, un article de foi; ce qui ne fut jamais l'intention du Concile: n'y ayant que les choſes qui font partie de la révélation, qui puiſſent être des articles de foi, on ne peut douter que ce canon ne renferme qu'un point de pure diſcipline. Si le Concile a ajouté un anathême à la fin, ce n'eſt pas qu'il ait voulu le propoſer comme un objet de foi, mais c'eſt qu'il a voulu punir par cet anathême, la témérité de ceux qui ſe donnoient la liberté de cenſurer trop aigrement une diſcipline qui étoit déja reçue depuis long-temps dans l'Egliſe.

A l'égard de ce que dit Fra-Paolo, que la Profeſſion religieuſe n'étant que d'inſtitution humaine & de droit eccléſiaſtique, ne peut rompre le lien du mariage, qui eſt un lien divin, Palavicin lui répond, qu'il eſt vrai que la Profeſſion religieuſe n'eſt que de droit eccléſiaſtique quant à ſa forme; mais que quant au fond, & en tant qu'elle conſiſte dans cette abdication réelle qu'une perſonne fait de tout ce qu'elle a dans le ſiecle, pour ſe conſacrer entiérement à Dieu, elle eſt auſſi d'inſtitution divine. Nous en avons des exemples dans les Diſciples que Jeſus-Chriſt appelloit à lui, & qui par ſon ordre renonçoient à tout ce qu'ils avoient dans le ſiecle, pour le ſuivre. L'Evangile rapporte des enfans de Zébédée, que lorſque Jeſus-Chriſt les eut appellés à lui, ils abandonnerent auſſi-tôt leurs filets (qui étoit tout le bien qu'ils avoient dans le monde) & leur pere, pour le ſuivre; *illi autem ſtatim relictis retibus & patre, ſecuti ſunt eum; Math. IV*, 21.

Palavicin reprend auſſi Fra-Paolo d'avoir dit que tous les canons du mariage paſſerent au Concile à l'unanimité, tels qu'ils ſe trouvent. Il atteſte au contraire, qu'entr'autres le canon ſixieme dont eſt queſtion, ſouffrit beaucoup de contradictions de la part du Cardinal de Lorraine & de pluſieurs autres Peres.

484. Pour que la Profeſſion religieuſe que fait l'une des parties qui ont contracté mariage, puiſſe, ſuivant le Droit des Décrétales & du Concile de Trente, en rompre le lien, avant qu'il ait été conſommé, il faut qu'elle ait été faite ſolemnellement dans un Ordre religieux approuvé, & qu'on y ait obſervé tout ce que les regles de l'Egliſe & les loix de l'Etat exigent pour la rendre valable.

485. Quoique l'état des Ordres ſacrés ſoit un état encore plus ſaint que celui de la Profeſſion religieuſe, & qu'il renferme tacitement le vœu de con-

tinence ; néanmoins, comme il ne renferme pas un entier renoncement au ſiecle, on ne lui a pas donné l'effet qu'on donne à la Profeſſion religieuſe, de rompre le lien du mariage qui n'eſt pas encore conſommé.

La promotion aux Ordres ſacrés forme bien un empêchement dirimant pour un mariage qui ſeroit contracté depuis cette promotion ; mais elle ne peut pas rompre le mariage contracté auparavant, quoiqu'il n'eût pas encore été conſommé. C'eſt ce que decide Jean XXII. *licet votum ſolemniſatum per ſacri Ordinis ſuſceptionem*, dit ce Pape, *quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum ac ad dirimendum, ſi poſt contractum fuerit, ſit efficax reputandum ; ad diſſolvendum tamen prius contractum, etiamſi per carnis copulam non fuerit conſummatum ( quùm nec jure divino nec per ſacros canones reperiatur hoc ſtatutum ) invalidum eſt cenſendum ; Cap. unic. de voto & vot. redempt. in extravag.*

Si donc un homme marié taiſant ſon mariage qui n'étoit pas encore conſommé, ſe faiſoit promouvoir aux Ordres ſacrés, il devroit être déclaré ſuſpens de ſes Ordres, & condamné de retourner avec ſa femme.

## ARTICLE III.

### *Si l'adultere de la femme diſſout le mariage.*

486. Cette queſtion dépend de l'interprétation qu'on doit donner au célebre paſſage qui ſe trouve ſur cette matiere dans l'Evangile de ſaint Matthieu, *chap.* 19, où il eſt rapporté que les Phariſiens ayant demandé à Jeſus-Chriſt s'il étoit permis à un homme de répudier ſa femme ; *Si licet homini dimittere uxorem ſuam quâcumque ex cauſâ*, Jeſus-Chriſt leur répondit, que par l'inſtitution divine dans la création, Dieu avoit tellement uni l'homme & la femme, qu'ils ne devoient faire enſemble qu'une même chair ; qu'il ne devoit donc pas être au pouvoir de l'homme de ſéparer ce que Dieu avoit uni : *Non legiſtis, quia qui fecit hominem, ab initio maſculum & fœminam fecit eos, & dixit:.... Erunt duo in carne unâ ; itaque jam non ſunt duo, ſed una caro ; quod ergò Deus conjunxit, homo non ſeparet.* Les Phariſiens inſiſterent, & dirent : pourquoi donc Moïſe a-t-il permis de répudier ſa femme, en lui donnant un écrit de divorce : *Dicunt illi, quid ergò Moyſes mandavit dare libellum repudii, & dimittere ?* Jeſus-Chriſt répondit : ce n'eſt que par tolérance que Moïſe a permis cela ; & moi, je vous dis, que celui qui renvoie ſa femme, ſi ce n'eſt pour cauſe d'adultere, & qui en épouſe une autre, commet un adultere ; & que celui qui épouſe la femme qu'un autre a renvoyée, commet pareillement un adultere : *Ait illis quoniam Moyſes ad duritiam cordis veſtri permiſit*, &c. *Dico autem vobis, quia quicumque dimiſerit uxorem ſuam, NISI OB FORNICATIONEM, & aliam duxerit, mœchatur ; & qui dimiſſam duxerit, mœchatur.*

La difficulté tombe ſur ces mots, *niſi ob fornicationem.* Jeſus-Chriſt entend-il par l'exception qu'il fait du cas auquel la femme auroit commis adultere, permettre au mari de faire avec elle, en ce cas, un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, & qui donne la liberté à l'homme

d'en épouſer une autre ; ou par cette exception, *niſi ob fornicationem*, entend-il ſeulement permettre à l'homme de chaſſer en ce cas ſa femme, & de ſe ſéparer d'habitation avec elle, ſans dire que le lien du mariage ſera en ce cas diſſous, & qu'il ſera permis à l'homme d'épouſer une autre femme ; de maniere que dans le texte, ces termes *niſi ob fornicationem* ne doivent ſe rapporter qu'à *quicumque dimiſerit*, & non à ceux-ci, *qui aliam duxerit ;* & que la phraſe doit s'entendre en ce ſens, *quicumque dimiſerit uxorem ſuam*, ( quod non licet facere ) *niſi ob fornicationem & qui* ( priore dimiſſâ, ſive injuſtè, ſive etiam juſtè ob ejus fornicationem ) *aliam duxerit, mœchatur.*

La même difficulté ſe rencontre au Chapitre cinquieme du même Evangile, *v.* 31 & 32, où Jeſus-Chriſt dit : La Loi dit, celui qui renvoie ſa femme, doit lui donner un écrit de divorce ; & moi je vous dis : celui qui renvoie ſa femme, excepté le cas auquel elle auroit commis adultere, la met dans l'occaſion de commettre un adultere en ſe mariant à un autre ; & celui qui l'épouſe, commet un adultere en l'épouſant : *Dictum eſt, quicumque dimiſerit uxorem ſuam, det ei libellum repudii : ego autem dico vobis, quia omnis qui dimiſerit uxorem ſuam, exceptâ fornicationis cauſâ, facit eam mœchari, & qui dimiſſam duxerit, adulterat.* Par ces termes, *exceptâ fornicationis cauſâ*, Jeſus-Chriſt entend-il permettre à l'homme, dans le cas de cette exception, de faire un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, & le mettre en liberté d'épouſer une autre femme ? ou par cette exception entend-il ſeulement permettre à l'homme, en ce cas, de ſe ſéparer d'habitation d'avec ſa femme, ſans qu'il ſoit en cela reſponſable devant Dieu de l'adultere que la femme qu'il a renvoyée, pourroit commettre en épouſant un autre homme ?

487. La queſtion a ſouffert difficulté dans les premiers ſiecles.

Elle parut ſi difficile au premier Concile d'Arles, tenu l'an 314, que ce Concile, l'un des plus célebres & des plus nombreux de l'antiquité, où ſix cens Evêques avoient aſſiſté (1), n'oſa pas la décider ; c'eſt ce qui paroît par le canon dixieme de ce Concile, qui dit : *De his qui conjuges ſuas in adulterio deprehendunt, & ii ſunt adoleſcentes, & prohibentur nubere, placuit ut in quantum proteſt conſilium eis detur, ne viventibus uxoribus, licèt adulteris, alias accipiant.*

Le Concile, en ne voulant pas qu'on faſſe une défenſe abſolue aux hommes, qui ont renvoyé leurs femmes adulteres, de ſe remarier, témoigne qu'il regarde comme une choſe incertaine, ſi le lien du mariage ſubſiſte en ce cas, ou s'il eſt diſſous ; car s'il étoit certain qu'il ſubſiſtât, le Concile ne ſe ſeroit pas contenté de conſeiller aux hommes de ne ſe pas remarier ; il le leur auroit défendu abſolument.

488. Il eſt vrai que le Concile d'Elvire, qu'on croit avoir été tenu vers l'an 305, & par conſéquent peu de temps avant le Concile d'Arles, ordonne que les femmes, qui, après avoir quitté leur mari adultere, en auront épouſé un autre, ſeront privées de la Communion, tant que vivra

(1) Adon de Vienne, en ſa Chronique.

leur premier mari , ſi ce n'eſt à la mort : *Fidelis fœmina quæ adulterum maritum reliquerit fidelem , & alterum duxerit , prohibeatur ſi nubat ; ſi autem duxerit , non priùs Communionem accipiat quàm is quem reliquerit de ſeculo exierit , niſi neceſſitas infirmitatis dare compulerit.* Mais bien loin qu'on puiſſe conclure de ce canon que ce Concile ait décidé que la ſéparation pour cauſe d'adultere , ſoit du mari , ſoit de la femme , n'empêche pas le lien de mariage de ſubſiſter , on tire , au contraire , un argument négatif de ce Concile , pour en conclure que n'ayant prononcé cette peine que contre les femmes qui ſe remarioient après avoir quitté leur mari adultere , & n'en ayant prononcé aucune contre les hommes , qui , après avoir chaſſé leurs femmes adulteres , en épouſent une autre , il s'enſuit que les Peres de ce Concile ne croyoient pas qu'après qu'un homme avoit répudié ſa femme adultere , le lien du mariage ne laiſſoit pas de ſubſiſter ; car s'ils l'euſſent cru , le Concile auroit prononcé les mêmes peines contre l'homme qui ſe remarie après avoir renvoyé ſa femme adultere , que celles qu'il a prononcées contre la femme qui ſe remarie , après avoir quitté ſon mari adultere.

On dira qu'il y a même raiſon , & que ſi l'adultere du mari ne rompt pas le lien du mariage , comme le Concile paroît le ſuppoſer , en prononçant la peine de la privation de la Communion contre la femme qui ſe remarie après avoir quitté ſon mari adultere , l'adultere de la femme ne doit pas auſſi le rompre.

On répond que , quoiqu'il paroiſſe effectivement qu'il dût y avoir même raiſon , néanmoins nous apprenons de ſaint Baſile , qui vivoit au quatrieme ſiecle , en ſon Epître canonique à Amphiloque , *canon* 9 , que c'étoit un ancien ſentiment reçu par la coutume dans l'Egliſe , qu'il y avoit une différence entre l'adultere commis par la femme , & l'adultere commis par l'homme ; que Notre-Seigneur ne s'étant expliqué que ſur le cas de l'adultere de la femme , en permettant au mari , en ce cas , de la répudier , cela ne devoit pas être étendu à la femme , à qui il ne devoit pas être pareillement permis de faire divorce avec ſon mari lorſqu'il avoit commis adultere : *Domini ſententia juxtà ſenſûs conſequentiam æquè viris ac mulieribus convenit , quod non liceat à matrimonio diſcedere , exceptâ cauſâ fornicationis ; at verò conſuetudo adulterantes viros , & qui in fornicationibus verſantur , mandat à mulieribus retineri.*

Nous voyons encore cette diſtinction dans une loi de Conſtantin , qui rapporte bien l'adultere de la femme , parmi les cauſes pour leſquelles un mari peut répudier ſa femme ; mais qui ne rapporte pas de même l'adultere du mari parmi les cauſes pour leſquelles il étoit permis à une femme de faire divorce avec ſon mari. C'eſt conformément à cette diſtinction que le Concile a prononcé des peines contre la femme , qui , après avoir quitté ſon mari adultere , en épouſoit un autre de ſon vivant , & qu'il n'en a prononcé aucune contre le mari , qui épouſoit une autre femme du vivant de celle qu'il avoit chaſſée pour cauſe d'adultere. C'eſt pourquoi , bien-loin qu'on puiſſe inférer de ce canon que le Concile d'Elvire , en décidant qu'il n'étoit pas permis à une femme , qui avoit quitté ſon mari adultere , d'en épouſer un autre de ſon vivant , devoit être cenſé avoir pareillement décidé qu'il

qu'il n'étoit pas permis au mari, qui a renvoyé sa femme adultère, d'en épouser de son vivant une autre; on doit, au contraire, inférer de ce Concile, qu'ayant prononcé des peines contre la femme qui avoit quitté son mari adultere, & n'en ayant prononcé aucune contre le mari qui a répudié sa femme adultere, il n'a pas cru qu'il fût défendu au mari, qui a répudié sa femme adultere, d'en épouser une autre du vivant de celle qu'il a répudiée; car s'il l'eût cru, il n'eût pas manqué de prononcer la même peine, en ce cas, contre le mari, qu'il a prononcée contre la femme.

489. Ajoutez à cela que plusieurs des anciens Peres ont enseigné en termes formels, que le lien du mariage pouvoit être rompu par l'adultere de la femme. C'est ce que dit Tertulien dans le quatrieme livre contre Marcion: *præter ex causâ adulterii nec Creator disjungit quod ipse scilicet conjunxit.* Donc, selon Tertulien, *ex causâ adulterii Deus disjungit aut disjungi permittit quod conjunxerat.*

Saint Epiphane, dans son livre *adversùs Hæreses, cap.* 59, dans le quatrieme siecle, où il combat les erreurs de certains hérétiques qui se donnoient le nom de *Cathares*, c'est-à-dire *Purs*, lesquels condamnoient les seconds mariages, même à l'égard des laïques, s'exprime, ainsi, selon la traduction du Pere Petau, v. 4: *In populo tolerari istud potest, ut qui uxore primâ contenti esse non possunt, eâ mortuâ secundam sibi copulent, quanquam qui unam duntaxat habuit, majori, Ecclesiæ judicio, honore dignus est; sed cui mortuâ una non sufficit, cum occasione aliquâ stupri adulteriique aut alterius flagitii cum eâ divortium fecerit, is si alteram uxorem duxerit, aut alteri viro nupserit, sacrarum Litterarum auctoritas ab omni culpâ illos absolvit, neque ab Ecclesiâ aut æternâ vitâ rejicit, sed propter imbecillitatem tolerandos existimat, non ita tamen ut duas, alterâ superstite, uxores habeat, sed ut ab unâ separatus, alteram sibi legitimè, si lubet, adjungat.*

Asterius, Evêque d'Amasée, dans le même siecle, dit expressément, dans une Homélie sur Saint Matthieu: *existimate & omninò vobis persuadete matrimonia morte tantùm & ADULTERIO dirimi.*

490. Saint Augustin a traité *ex professo* la question de l'indissolubilité du mariage en cas d'adultere; c'est dans son premier livre *de Conjug. adulter. ad Pollentium.* Il décide que l'adultere de l'un des conjoints par mariage ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation, mais ne rompt pas le lien du mariage; & que le mari qui a chassé sa femme, pour cause d'adultere, ne peut pas, sans commettre lui-même adultere, épouser une autre femme, tant qu'elle vit; de même que la femme qui a quitté son mari adultere, ne peut pas, de son vivant, épouser un autre homme.

Il emploie, pour l'établir, le passage de l'Evangile de Saint Marc, x, 11, où l'Evangéliste fait dire à Jesus-Christ, en termes généraux, sans excepter le cas de l'adultere de la femme, ni aucun autre cas: quiconque renvoie sa femme, & en épouse une autre, commet adultere: *Quicumque dimiserit uxorem suam, & aliam duxerit, adulterium committit super eam.* Il cite aussi le passage de Saint Luc, *chap.* 16, *n.* 18, où Jesus-Christ dit pareillement, sans faire aucune exception: *omnis qui dimittit uxorem suam & alteram ducit, mœchatur; & qui dimissam à viro ducit, mœchatur.*

Saint Auguſtin argumente de ces textes de cette maniere : ces Evangéliſtes, dit-il, ayant parlé indiſtinctement ; *Qui ſumus ut dicamus, eſt qui mœchatur uxore ſuâ dimiſſâ alteram ducens, & eſt qui hoc faciens non mœchatur ; cùm Evangelium dicat omnem mœchari qui hoc fecit : proindè ſi omnis qui hoc fecerit, ut uxore ſuâ dimiſſâ alteram ducat, mœchatur ; ſine dubitatione ibi ſunt ambo, & qui præter cauſam fornicationis dimittit uxorem* ; n°. 10.

Saint Auguſtin tire encore argument pour ſon interprétation, de ce que dit Saint Paul, *Epiſt.* 1. *ad Corinth.* VII, 10 : J'ordonne de la part du Seigneur, aux femmes de ne pas quitter leurs maris ; ou ſi elles les quittent, de ne ſe pas remarier ; *Iis qui matrimonio junĉti ſunt, præcipio, non ego, ſed Dominus, uxorem à viro non diſcedere, quòd ſi diſceſſerit, manere innuptam aut viro ſuo reconciliari : & vir uxorem non dimittat.* Saint Auguſtin tire de ce paſſage cet argument : Saint Paul, en ordonnant à la femme qui a quitté ſon mari, de ne ſe pas remarier, entend parler de celle qui l'a quitté pour cauſe d'adultere commis par ſon mari ; autrement il ne lui auroit pas été permis de le quitter : or il lui ordonne de la part du Seigneur de ne ſe pas marier à un autre ; donc Saint Paul ſuppoſe que l'adultere commis par le mari, autoriſe bien la femme à le quitter ; mais qu'il ne rompt pas le lien de leur mariage, puiſqu'il leur défend d'épouſer un autre homme ; *ſi diſceſſerit, manere innuptam.* Donc pareillement, conclut ſaint Auguſtin, l'adultere de la femme autoriſe ſeulement le mari à la renvoyer ; mais il ne rompt pas le lien du mariage, la condition de l'un & de l'autre devant être égale : Or, dit-il, *ſi par forma eſt in utroque, uterque mœchatur, ſi ſe alteri junxerit, etiamſi ſe à fornicante diſjunxerit ; parem verò eſſe formam in hâc cauſâ viri & mulieris ibi oſtendit Apoſtolus, ubi cùm dixiſſet uxor non habet poteſtatem corporis ſui, ſed vir ; adjecit atque ait : ſimiliter vir non habet poteſtatem ſui corporis, ſed mulier.*

491. Les avis étoient encore partagés ſur cette queſtion au temps de ſaint Auguſtin ; il reconnoît lui-même en ſon Traité *de Fide & operibus, cap.* 19, que la queſtion ſouffroit difficulté. Il dit : *In ipſis divinis Scripturis ita obſcurum eſt utrum iſte qui quidem ſine dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur ſi aliam duxerit, ut quantùm exiſtimo, venialiter ibi quiſque fallatur.* Et dans le ſecond de ſes livres *Retractationum, cap.* 57, il dit qu'il n'oſe ſe flatter d'avoir parfaitement éclairci la queſtion : *Scripſi duos libros de adulterinis conjugiis quantùm potui ſecundùm Scripturas, cupiens ſolvere difficillimam quæſtionem, quod utrum enodatiſſimè fecerim neſcio ; imò verò non me perveniſſe ad hujus rei perfectionem ſentio, quamvis multos ſinus ejus aperuerim, quod judicare poterit quiſquis intelligenter legit.*

492. L'autorité de ſaint Auguſtin, dont les déciſions ont toujours été regardées comme des oracles, ne tarda pas à réunir les ſuffrages ſur cette queſtion.

Dans le Code de l'Egliſe d'Afrique, le canon 102 eſt conçu en ces termes : *Placuit ut ſecundùm evangelicam & apoſtolicam diſciplinam, neque dimiſſus ab uxore, neque dimiſſa à marito, alteri conjungantur, ſed ita maneant, aut ſibimet reconcilientur ; quod ſi contempſerint, ad pœnitentiam redigantur, in quâ cauſâ legem imperialem petendam promulgari.*

Quoique ce canon ne parle pas expreſſément du cas auquel le divorce eſt

fait pour cauſe d'adultere, néanmoins étant conçu en termes généraux, & ne faiſant aucune exception, il comprend ce cas comme les autres, & il décide qu'en cas de divorce, pour quelque cauſe qu'il ſoit intervenu, ſoit pour cauſe d'adultere, ſoit pour quelqu'autre cauſe, il n'eſt permis ni à l'homme d'épouſer une autre femme du vivant de celle dont il eſt ſéparé, ni à la femme d'épouſer un autre homme du vivant de celui dont elle eſt ſeparée.

Il eſt d'autant plus certain que ce canon doit être entendu en ce ſens, qu'il eſt écrit en marge, qu'il eſt tiré du ſecond Concile de Mileve. Saint Auguſtin ayant aſſiſté à ce Concile, tenu contre les Pélagiens l'an 416, & en ayant été l'ame, c'eſt ſur ſa doctrine que ce canon a été rédigé.

Denis-le-Petit, dans ſa Collection des Canons, a inſéré par abrégé ce Code de l'Egliſe d'Afrique. Le canon que nous venons de rapporter, s'y trouve ſous le titre *Tituli diverſorum canonum Africanæ Eccleſiæ*, à l'article 102, en ces termes : *De his qui uxores aut quæ viros dimittunt, ut ſic maneant*, ( ſupple *innupti*, *quandiù vivit perſonæ dimiſſa.* )

Cet Auteur, qui floriſſoit ſur la fin du cinquieme ſiecle & au commencement du ſixieme, n'ayant inſéré dans ſa collection que les canons qui étoient alors univerſellement reçus dans l'Égliſe, où en conſéquence ſa collection, depuis qu'elle a paru, a été de la plus grande autorité, il s'enſuit que la doctrine de l'indiſſolubilité du mariage ſans aucune exception, que renfermoit le canon ci-deſſus cité qui ſe trouve dans cette collection, étoit, dès le temps qu'elle a paru, un point de diſcipline univerſellement reconnu dans l'Egliſe d'Occident.

493. Ce canon & la doctrine qu'il renferme, ont reçu une nouvelle autorité par les Capitulaires de Charlemagne, où il a été inſéré. On le trouve dans la collection de l'Abbé Andegiſe, *liv.* 1, *art.* 42, en ces termes : *Item ex eodem ( Concilio Africano ) ut nec uxor à viro dimiſſa alium accipiat virum, vivente viro ſuo, nec vir aliam accipiat uxorem, vivente priore.*

494. Les Conciles tenus dans les ſiecles ſuivans, ont ſuivi cette doctrine, & ſe ſont même expliqués encore plus formellement, ayant exprimé le cas du divorce pour cauſe d'adultere. Le Concile de Frioul, tenu ſous Charlemagne, ſur la fin du huitieme ſiecle, canon 10, porte : *Placuit ut reſoluto, fornicationis causâ, jugali vinculo* ( 1 ) *non liceat viro, aliam uxorem ducere.*

Le Concile de Nantes, qui eſt au moins du temps de Charlemagne, qui a inſéré deux de ces canons dans ſes Capitulaires, mais qui peut être beaucoup plus ancien, ſon époque étant incertaine, dit au canon douzieme : *Si cujus uxor adulterium perpetravit, & hoc à viro deprehenſum fuerit & publicatum, dimittat uxorem ..... vir verò ejus, illa vivente, nullatenùs aliam accipiat.*

Le Concile tenu à Tribur près Mayence, l'an 895, dans le canon 46,

(1) Par ces termes, *jugali vinculo*, le Concile n'entend parler que de l'obligation mutuelle que les conjoints avoient contractée de ſe rendre le devoir conjugal, laquelle eſt diſſoute par le crime d'adultere : il n'entend pas parler du lien conjugal proprement dit, par lequel Dieu les a unis en une même chair : le Concile reconnoit que l'adultere ne rompt pas celui-là, puiſqu'il décide que celui qui a répudié ſa femme pour cauſe d'adultere, ne peut ſe remarier, tant qu'elle vit.

parle du cas d'une femme répudiée par son mari pour cause d'adultere, & poursuivie criminellement ; & à la fin de ce canon, il dit : *Maritus verò, quamdiù ipsa vivat, nullo modo uxorem ducat.*

Le Concile tenu à Trosli, en 909, au canon 8, dit : *Uxor nunquam propter hominum separanda, & si fornicata fuerit, & vir ejus voluerit, dimittenda ; sed illâ vivente, altera non ducenda, quia adulteri regnum Dei non possidebunt.*

495. On peut ajouter à ces autorités, le suffrage unanime des Auteurs ecclésiastiques qui ont écrit depuis le sixieme siecle sur ces matieres, lesquels ont enseigné en termes formels, que l'homme qui avoit répudié sa femme, quoique pour cause d'adultere, ne pouvoit pas, du vivant de cette femme, en épouser une autre ; tels sont, dans le septieme siecle, Bede, sur le chap. 10 de saint Marc ; dans le neuvieme, Jonas, Evêque d'Orléans ; Hincmar de Rheims, dans son Ouvrage du divorce de Lothaire, & de Theutberge ; Paschase Ratbert, sur le chapitre 19 de saint Matthieu ; Yves de Chartres, dans sa Lettre 125e. à Dambert de Sens. L'Auteur de la Tradition sur le Mariage a recueilli ces témoignages, où on peut les voir ; ou encore mieux dans les Livres originaux.

496. Le Droit canonique moderne n'est pas moins décisif que l'ancien, pour la doctrine de l'indissolubilité du mariage, sans aucune exception, même dans le cas du divorce pour cause d'adultere.

Cette doctrine est enseignée dans le Décret de Gratien : cet Auteur, *causâ 32, quæst. 7*, rapporte, à son ordinaire, les autorités pour & contre ; & après avoir rapporté celles sur lesquelles est établie la doctrine de l'indissolubilité, il dit : *His autoritatibus evidentissimè monstratur, quod quicumque fornicationis causâ uxorem suam dimiserit, aliam, illâ vivente, ducere non poterit, & si duxerit, reus adulterii erit.*

Le Droit des Décrétales est pareillement conforme à cette doctrine : en conséquence Alexandre III, *cap.* 5, *Ext. de divort.* décide qu'un mari qui, après s'être séparé de sa femme pour cause d'adultere, s'étoit, du vivant de cette femme, remarié à une autre, devoit être condamné à retourner avec la premiere qu'il avoit quittée.

Par cette décision, le Pape regarde tellement comme un adultere le mariage qu'un homme contracte du vivant de la femme qu'il a quittée pour cause d'adultere, qu'il ordonne que cet homme ne puisse plus reprocher à sa femme qu'il a répudiée, l'adultere qu'elle a commis, suivant la regle, *paria delicta mutuâ pensatione extinguuntur ;* & qu'en conséquence il soit tenu de retourner avec cette femme, de laquelle, sans cela, il auroit pu demeurer séparé.

Dans le quinzieme siecle, Eugene IV, dans le Concile de Florence, dit nettement que l'adultere ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation, & qu'il ne peut dissoudre le lien. Le troisieme caractere du mariage, dit ce Pape, est l'indissolubilité ; *Propter hoc quod significat indivisibilem conjunctionem Christi & Ecclesiæ : quamvis autem ex causâ fornicationis liceat thori separationem facere, non tamen aliud matrimonium contrahere fas est, cùm matrimonii vinculum legitimè contracti perpetuum sit ;* 13e. tome des Conciles du Pere Labbe, *p.* 539.

497. Cette doctrine de l'indissolubilité du mariage, même en cas de sé-

paration pour cauſe d'adultere, étoit ſi autoriſée dans l'Egliſe Latine au temps du Concile de Trente, que lorſque la queſtion y fut propoſée, on avoit projetté un décret qui frappoit d'anathême le ſentiment contraire. Les Ambaſſadeurs de la République de Veniſe s'y oppoſerent, & repréſenterent que dans pluſieurs Provinces ſujettes de la République, qui ſuivoient le rit Grec, on avoit ſur ce point une diſcipline contraire à celle de l'Egliſe Latine, & qu'on y tenoit, comme dans toute l'Egliſe Grecque, que l'adultere de la femme rompoit le lien du mariage, & que l'homme qui l'avoit répudiée pour cette cauſe, pouvoit, du vivant de cette femme, en épouſer une autre; qu'il n'étoit pas juſte de condamner les peuples de ces Provinces ſans les avoir entendus; d'autant plus que dans les articles qui furent propoſés dans le treizieme ſiecle pour la réunion des Grecs, on ne leur propoſa pas de ſe départir ſur ce point de leur diſcipline. Ces repréſentations firent changer le canon; le Concile laiſſa à chaque Egliſe la liberté de ſuivre la diſcipline qu'elle avoit anciennement tenue, & ſe contenta de frapper d'anathême ceux qui s'arrogeroient l'autorité de cenſurer & de taxer d'erreur la diſcipline de l'Egliſe Latine ſur ce point.

C'eſt pourquoi le canon qui eſt le ſeptieme, *Seſſ.* 24, fut rédigé de cette maniere: *Si quis dixerit Eccleſiam errare cùm docuit & docet juxtà evangelicam & apoſtolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, matrimonii vinculum non poſſe diſſolvi, vel etiam innocentem qui cauſam adulterio non dedit, non poſſe, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, mœcharique eum qui, dimiſſâ adulterâ, aliam duxerit, & eam quæ dimiſſo adultero, alii nubſerit, anathema ſit.*

Quoi qu'il en ſoit de cette queſtion, il n'eſt pas douteux *in praxi* parmi nous, que lorſqu'un homme s'eſt fait ſéparer de ſa femme, après l'avoir convaincue d'adultere, le lien du mariage eſt cenſé ſubſiſter, & forme un empêchement dirimant qui rend nul le mariage qu'il contracteroit avec un autre, du vivant de celle qu'il a répudiée.

## ARTICLE IV.

*Lorſque l'un des conjoints qui ſe ſont mariés étant infideles, ſe fait Chrétien, peut-il diſſoudre le lien du mariage qu'il a contracté avec l'autre qui perſévere dans l'incrédulité.*

498. La déciſion de cette queſtion dépend de l'interprétation qu'on doit donner à quelques verſets du ſeptieme chapitre de la premiere Epître de ſaint Paul aux Corinthiens.

Dans ce chapitre, après que ſaint Paul a établi comme un principe général, que, ſuivant le commandement du Seigneur, une femme ne doit point quitter ſon mari; que ſi elle l'a quitté, il ne lui eſt pas permis de ſe remarier; qu'elle doit reſter ſans mari, ou ſe réconcilier avec celui qu'elle a quitté; qu'un mari ne peut pareillement quitter ſa femme; (1) il vient enſuite

(1) *His qui matrimonio juncti ſunt, præcipio, non ego, ſed Dominus, uxorem à viro non diſcedere; quod ſi diſceſſerit, manere innuptam, aut viro ſuo reconciliari, & virum non dimittere uxorem.*

à la queſtion qui lui avoit été faite ſur le cas particulier d'un Chrétien qui a une femme infidelle, ou d'une Chrétienne qui a un mari infidele, il répond qu'il n'a pas de commandement formel du Seigneur à leur apporter pour ce cas particulier, ſur lequel le Seigneur ne s'eſt pas expliqué; mais ce que j'ai à vous dire, leur dit-il, c'eſt que ſi un de nos freres a une femme infidelle qui veuille demeurer avec lui, il ne doit point la renvoyer ; & pareillement, ſi une de nos ſœurs a un mari infidele qui veuille bien demeurer avec elle, elle ne doit point le quitter; car bien-loin que la partie fidelle ſoit ſouillée par la partie infidelle, au contraire, la partie fidelle peut ſervir à la ſanctification de la partie infidelle.

Vous procurez auſſi, en demeurant avec la partie infidelle, la ſanctification de vos enfans, auxquels vous procurez la grace du Baptême & l'inſtruction dans la Foi; au-lieu qu'en vous ſéparant de la partie infidelle, & les lui laiſſant, ils ſeroient impurs. Si cependant la partie infidelle veut ſe ſéparer, & qu'il ne ſoit pas poſſible à la partie fidelle de vivre en union avec elle, nous n'obligeons pas notre frere ou notre ſœur à courir après la partie infidelle, pour être avec elle dans une diſcorde continuelle ; nous ne leur impoſons pas une pareille ſervitude : Dieu nous a appellés à un état de paix. Néanmoins que le fidele ne néglige rien pour demeurer avec l'infidele ; car qui ſçait ſi vous ne gagnerez pas à la Foi votre mari, en demeurant avec lui ? Qui ſçait ſi vous ne gagnerez pas votre femme à la Foi, en demeurant avec elle ? *Cæteris ego dico, non Dominus, ſi quis frater uxorem habet infidelem, & hæc conſentit habitare cum illo, non diſcedat ; & ſi quæ mulier fidelis habet virum infidelem, & hic conſentit habitare cum illâ, non dimittat virum ; ſanctificatus eſt enim vir infidelis per mulierem fidelem, & ſanctificata eſt mulier infidelis per virum fidelem ; alioquin filii veſtri immundi ſunt, nunc autem ſancti ſunt. Quod ſi infidelis diſcedit, diſcedat ; non enim ſubjectus eſt frater aut ſoror in hujuſmodi, in pace autem vocavit nos Deus ; unde enim ſcis mulier ſi virum ſalvum facies aut unde ſcis vir ſi mulierem ſalvam facies ? &c.* ℣. 12, 13, 14, 15, 16.

Le point de la queſtion eſt de ſçavoir ſi ſaint Paul, par les verſets que venons de rapporter, permet à la partie fidelle de faire avec la partie infidelle un divorce qui rompt le lien du mariage, ou s'il permet ſeulement une ſimple ſéparation d'habitation qui le laiſſe ſubſiſter.

499. Cette queſtion a été depuis peu très-bien diſcutée dans une eſpece ſur laquelle eſt intervenu un Arrêt du Parlement.

Borach Levi, Juif de naiſſance & originaire d'Haguenau, y avoit contracté mariage avec *Mendel-Cerf*, qui étoit pareillement Juive & native d'Haguenau. Borach Levi étant venu à Paris, ſe convertit au Chriſtianiſme, & fut baptiſé à Monmagni, village du Dioceſe de Paris, le 10 Août 1752, avec deux enfans qu'il avoit de ſon mariage, & qu'il avoit amenés avec lui.

Depuis, Borach Levi fit, les 13 Mai & 22 Octobre 1754, des ſommations à ſa femme Mendel-Cerf, qui étoit reſtée à Haguenau, de venir le joindre; & par la ſeconde de ces ſommations, il lui déclare qu'il conſent qu'en venant le rejoindre, elle vive chez lui dans la profeſſion du Judaïſme.

A ces ſommations, Mendel-Cerf ayant répondu qu'elle ne vouloit pas retourner avec lui, & qu'elle le ſommoit de lui envoyer, ſelon les formes du

Judaïſme, un libelle de divorce, pour qu'elle pût ſe marier à un autre homme de ſa religion ; Borach la fit aſſigner à l'Officialité de Strasbourg, où il obtint Sentence le 7 Novembre 1754, qui lui donne acte des ſommations par lui faites à ſa femme, & des réponſes de ſa femme, & déclare qu'il eſt libre de ſe pourvoir par mariage en face d'Egliſe avec une perſonne de même Religion que celle qu'il profeſſe maintenant.

Depuis, Borach ayant contracté des promeſſes de mariage avec une fille de Villeneuve-ſur-Bellot, Dioceſe de Soiſſons, nommée Anne Thevard, auxquelles le pere de ladite Thevard avoit ſouſcrit, s'adreſſa au Curé dudit Villeneuve, pour publier ſes bans de mariage. Il fit ſignifier les ſommations qu'il avoit faites à Mendel-Cerf, la Sentence de l'Official de Strasbourg, qui avoit prononcé la diſſolution de ſon mariage avec elle, & un certificat du Sécretaire de l'Evêché de Strasbourg, qui atteſte que par les regiſtres du Greffe, il paroît que de tout temps il a été permis, dans le Dioceſe de Strasbourg, aux Juifs baptiſés de ſe remarier avec des Catholiques, lorſque leurs femmes Juives ont refuſé de cohabiter avec eux depuis leur Baptême, & que cet uſage a été conſtamment reconnu par le Conſeil Souverain de Colmar.

Le Curé ne s'étant pas contenté de ces pieces, & ayant refuſé de publier les bans de mariage, Borach le fit aſſigner en l'Officialité de Soiſſons, pour qu'il lui fût enjoint de les publier. L'Official, par ſa Sentence du 5 Février 1756, ayant déclaré Borach non-recevable en ſa demande, Borach interjetta appel comme d'abus de cette Sentence au Parlement.

La queſtion qui étoit à juger au Parlement ſur cet appel, étoit de ſçavoir ſi Borach avoit pu rompre, quant au lien, le mariage qu'il avoit contracté dans le Judaïſme avec Mendel-Cerf, & s'il pouvoit en conſéquence épouſer une autre femme de ſon vivant. Cette queſtion y fut très-bien diſcutée : on a imprimé les conſultations & les plaidoyers qui ont été faits ſur cette matiere. Nous rapporterons dans un premier paragraphe, les raiſons qui furent alléguées pour ſoutenir que ſaint Paul permettoit à un infidele converti au Chriſtianiſme, de rompre, même quant au lien, le mariage qu'il avoit contracté dans l'infidélité, lorſque l'autre conjoint demeuré dans l'infidélité, refuſoit de cohabiter avec lui : dans un ſecond paragraphe, nous rapporterons les raiſons qui furent alléguées pour prouver que le mariage ne pouvoit en ce cas ſe rompre quant au lien ; & l'Arrêt qui eſt intervenu ſur la queſtion.

## §. I.

### *Raiſons pour ſoutenir que Saint Paul permet un véritable divorce qui rompt le lien du mariage.*

500. On dit que l'indiſſolubilité non ſuſceptible d'aucune exception, eſt un caractere qui ne convient qu'au mariage qui fut contracté dans l'état d'innocence entre nos premiers parens, & à ceux qui, depuis la Loi évangélique, ſont contractés par les fideles ; parce que ces mariages ſont le type & la figure de l'union de Jeſus-Chriſt avec ſon Egliſe, dont l'indiſſolubilité

n'eſt ſuſceptible d'aucune exception. On prétend que par le péché, les mariages ont ceſſé d'avoir ce caractere, juſqu'à l'inſtitution du Sacrement de Mariage, par laquelle Jeſus-Chriſt ayant élevé à la dignité de Sacrement les mariages des fideles, les a rendus le type & la figure de ſon union avec ſon Egliſe, & leur a donné le caractere d'une indiſſolubilité non ſuſceptible d'aucune exception, qui en eſt une ſuite; mais que, n'y ayant que les mariages des fideles qui aient été élevés à cette dignité, les mariages des infideles, tels que ceux des Juifs & des Payens, n'ont pas ce caractere d'une indiſſolubilité non ſuſceptible d'aucune exception.

C'eſt pour cela, dit-on, que ſaint Paul, dans le Chapitre de l'Epître aux Corinthiens, rapporté ci-deſſus, *n.* 498, après avoir parlé du mariage contracté par des fideles, à l'égard duquel il dit qu'il n'eſt pas permis à une femme de ſe remarier du vivant de ſon mari qu'elle a quitté, s'exprime ainſi : *Præcipio, non ego, ſed Dominus, uxorem à viro non diſcedere; quòd ſi diſceſſerit, manere innuptam*; & que lorſqu'il vient enſuite à parler du mariage contracté par des infideles, dont l'une des parties s'eſt convertie à la Foi, il dit que ſi l'autre partie qui demeure dans l'infidélité, ne veut pas demeurer avec celle qui s'eſt convertie, il eſt permis à la partie qui s'eſt convertie, de ſe ſéparer, *quod ſi infidelis diſcedit, diſcedat*; & n'ajoute pas, comme dans l'eſpece précédente, qu'elle ne doit pas ſe remarier; au contraire, il ajoute qu'elle eſt libre, *non enim ſervituti ſubjectus eſt, &c.*

Pour autoriſer cette interprétation du texte de ſaint Paul, on cite un canon rapporté en la ſeconde partie du Décret de Gratien, *cauſ.* 28, *quæſt.* 2, *can.* 2, où il eſt dit : *Si infidelis diſcedit odio chriſtianæ fidei, diſcedat*; *non eſt enim frater, aut ſoror ſubjectus ſervituti in hujuſmodi*; *non eſt enim dimiſſo peccatum propter Deum, SI ALII SE COPULAVERIT : contumelia enim creatoris ſolvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur : infidelis autem diſcedens, & in Deum peccat, & in matrimonium, nec eſt ei fides ſervanda conjugii, quia propterea diſcedit, ne audiret Chriſtum Deum Chriſtianorum conjugiorum.*

Gratien attribue le texte dont il a compoſé ce canon, à ſaint Grégoire, dans les ouvrages duquel il ne ſe trouve point. On a cru qu'il étoit de ſaint Ambroiſe, parce que dans un Commentaire ſur les Epîtres de ſaint Paul, qui a été pendant long-temps attribué à ſaint Ambroiſe, ce texte ſe trouve effectivement ſur le *chap.* 7 de la premiere Epître aux Corinthiens, tel qu'il eſt rapporté par Gratien; mais les Critiques du ſeizieme ſiecle ont démontré que ce Commentaire avoit été fauſſement attribué à ſaint Ambroiſe. Pluſieurs le ſoupçonnent être d'un nommé Hilaire, Diacre de la ſecte des Luciériens; Voyez la préface des ſçavans Bénédictins ſur ce Commentaire, qu'ils ont placé à la ſuite des ouvrages de ſaint Ambroiſe, parmi les ouvrages fauſſement attribués à ce Pere.

L'interprétation qu'on a donnée au texte de ſaint Paul, eſt auſſi autoriſée par la déciſion du Pape innocent III, qui eſt au Chapitre *Quanto*, *Ext. de Divort.* Ce Pape fait une diſtinction entre le mariage contracté par des fideles, dont l'un a depuis apoſtaſié, & celui contracté par des infideles, dont l'un s'eſt depuis converti à la Foi chrétienne. Il dit que dans le premier cas, la partie fidelle, dont l'apoſtat s'eſt ſéparé, ne peut pas, de ſon vivant,

vivant, ſe remarier à un autre ; mais il décide que dans le ſecond cas, la partie convertie, qui ne peut demeurer avec celle qui demeure dans l'infidélité, peut, de ſon vivant, ſe remarier à un autre : *Si alter infidelium ad Fidem convertatur.... qui relinquitur ad ſecunda, ſi voluerit, vota tranſibit ; & in hoc caſu intelligimus quod ait Apoſtolus : Si infidelis diſcedit, diſcedat ; frater enim vel ſoror non eſt ſervituti ſubjectus in hujuſmodi, & canonem* (1) *etiam in quo dicitur contumelia Creatoris ſolvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.* Il donne cette différence entre l'un & l'autre cas : *Nam*, dit-il, *etſi matrimonium verum inter infideles exiſtat, non tamen eſt ratum ; inter fideles autem verum & ratum exiſtit ; quia Sacramentum Fidei quod ſemel admiſſum eſt, nunquam amittitur, ſed ratum efficit conjugii Sacramentum, ut ipſum in conjugibus illo durante perduret.*

On cite, pour autoriſer ce ſentiment, un grand nombre de Théologiens & de Canoniſtes qui l'ont enſeigné, dont quelques-uns ont écrit avant Gratien, tels que Hugues de Saint-Victor, & Pierre Lombard ; & les autres ont écrit depuis, tels que ſaint Thomas, *p. 3, ſuppl. quæſt. 59, art. 5* ; ſaint Bonaventure, Nicolas de Lyra, Gerſon, &c.

Eſtius, *lib. 4, diſt. 39, art. 7*, dit que ce ſentiment eſt *conſtans Theologorum & Canoniſtarum doctrina qui in ea re ſecuti ſunt ſacros canones, & totius Eccleſiæ praxim.*

On cite l'autorité du Pape Benoît XIV, dans ſon Ouvrage *de Synodo diœceſianâ*, & celle de pluſieurs rituels qui ont adopté ce ſentiment ; celle du Catéchiſme de Montpellier, & d'une foule d'Auteurs du premier ordre, Théologiens, Canoniſtes & Commentateurs de l'Ecriture-Sainte.

Enfin, l'uſage conſtant des Dioceſes où il y a des Juifs, & où ce cas ſe rencontre ; tels que ceux de Strasbourg & de Metz.

## §. II.

### *Raiſons pour ſoutenir qu'un infidele converti au Chriſtianiſme, ne peut rompre le lien du mariage qu'il a contracté dans l'infidélité ; & l'Arrêt intervenu ſur cette queſtion.*

501. On commence par attaquer le principe ſur lequel on fonde l'opinion rapportée au paragraphe précédent : c'eſt mal-à-propos, dit-on, que les partiſans de cette opinion avancent que le caractere d'une indiſſolubilité, ſans aucune exception, eſt un caractere qui ne convient qu'aux mariages des fideles, & que c'eſt la dignité du Sacrement, à laquelle Jeſus-Chriſt les a élevés, qui le leur donne. Ce caractere d'indiſſolubilité, ſans exception, eſt le caractere de tous les mariages, de ceux des infideles, auſſi-bien que de ceux des Chrétiens. Dieu a donné ce caractere au mariage dès ſon inſtitution. C'eſt à toute ſa poſtérité qu'Adam, inſpiré de l'eſprit de Dieu, intima la volonté de Dieu, à cet égard, par ces paroles : *Homo relinquet pa-*

(1) C'eſt le canon du Décret de Gratien que nous avons rapporté ci-deſſus, dont le Pape rapporte les propres termes.

*trem ſuum & matrem ſuam, & adhærebit uxori ſuæ; & erunt duo in carne unâ.*

L'indiſſolubilité du mariage n'eſt donc pas un caractere qui ſoit particulier aux mariages des fideles, mais c'eſt le caractere de tous les mariages: ce n'eſt pas parce que le mariage des fideles a été élevé à la dignité de Sacrement, qu'il eſt indiſſoluble; mais c'eſt, au contraire, parce qu'il eſt indiſſoluble, qu'il a été élevé à la dignité de Sacrement; le caractere d'indiſſolubilité qui ſe trouve dans le mariage, étant propre à être la figure de l'indiſſolubilité de l'union que Jeſus-Chriſt a contractée avec ſon Egliſe.

En vain oppoſe-t-on contre l'indiſſolubilité du mariage, que le divorce étoit permis par la loi de Moïſe, pourvu qu'on y obſervât certaines formes qu'elle preſcrivoit. Cette objection eſt préciſément la même que les Juifs firent à Jeſus-Chriſt, lorſqu'il leur dit: *Non legiſtis quia qui fecit hominem ab initio, maſculum & fœminam fecit eos, & dixit, propter hoc dimittet homo patrem & matrem, & adhærebit uxori ſuæ, & erunt duo in carne unâ; itaque jam non ſunt duo, ſed una caro; quod ergo Deus conjunxit, homo non ſeparet.* Pourquoi donc, dirent les Juifs, Moïſe a-t-il permis le divorce? *Dicunt illi, quid ergo Moyſes mandavit dare libellum repudii & dimittere?* Jeſus-Chriſt nous a donné lui-même la réponſe à cette objection: *Ait illis; quoniam Moyſes ad duritiam cordis veſtri permiſit vobis dimittere uxores veſtras; ab initio autem non fuit ſic:* ce n'eſt que la dureté de votre cœur, qui a porté Moïſe à vous permettre le divorce; cette permiſſion eſt plutôt une tolérance d'un moindre mal, pour en éviter un plus grand, qu'une véritable permiſſion.

Jeſus-Chriſt a abrogé cette tolérance: c'eſt pourquoi ce que ſaint Paul dit dans le texte rapporté ci-deſſus, que le conjoint converti à la Foi peut quitter celui qui eſt demeuré dans l'infidélité, lorſque celui-ci ne veut pas demeurer en paix avec lui, *ſi diſceſſerit, diſcedat*, ne doit s'entendre que d'une ſéparation d'habitation, & non pas d'une rupture du mariage; & ce qui eſt ajouté, *non enim ſubjectus eſt frater aut ſoror in hujuſmodi*, ſignifie qu'il n'eſt plus aſſujetti au devoir conjugal envers le conjoint qui le quitte le premier; mais ils ne ſignifient pas qu'il ſoit dégagé du lien du mariage, & qu'il puiſſe ſe remarier à un autre.

502. Ce principe, que le caractere d'indiſſolubilité n'eſt pas particulier aux mariages des fideles, mais eſt le caractere de tous les mariages, eſt confirmé par la tradition de l'Egliſe.

Innocent I, qui occupoit le Siege de Rome au cinquieme ſiecle, dans ſon Epître canonique, qui ſe trouve dans le *Codex canonum vetus Eccleſiæ Romanæ*, de l'édition de M. Pithou, (dans laquelle ce Pape expoſe la tradition de ſon Egliſe, qui s'y étoit conſervée depuis ſaint Pierre,) dit en termes formels au cinquieme canon de ladite Epître, que la parole de Jeſus-Chriſt qui nous a dit que l'homme ne pouvoit rompre les liens que Dieu lui-même avoit formés, s'appliquoit indiſtinctement à tous les mariages, à ceux des infideles, comme à ceux des Chrétiens: *Ipſe Dominus*, dit-il, *cùm interrogaretur à Judæis ſi liceret dimittere uxorem, atque exponeret fieri non debere, addidit: quod ergo Deus junxit, homo non ſeparet; ac ne de his copulis locutus eſſe credatur quæ poſt Baptiſmum ſortiuntur, meminerit hoc & à Judæis interrogatum, & Judæis reſponſum.*

Dans le neuvieme ſiecle, le Concile de Tribur en Franconie, *can. 39*, dit : *Synodus Romana ait quod non dimittenda ſit uxor poſt Baptiſmum, quæ habita eſt, & ante Baptiſmum : in Baptiſmo ſolvuntur crimina, non tamen legitima conjugia.*

La même choſe ſe trouve dans un canon du Concile de Meaux, que Gratien rapporte immédiatement avant le faux canon qui l'a induit en erreur, comme lui étant oppoſé.

503. Les écrits des anciens Peres contiennent la même doctrine ſur l'indiſſolubilité des mariages, quoique contractés dans l'infidélité.

Tertulien, dans ſon livre, *ad uxorem*, où il défend aux femmes Chrétiennes de ſe marier à des infideles, rapporte une objection qu'on lui faiſoit, tirée de ce que ſaint Paul dit que la femme fidelle peut ſanctifier le mari infidele ; & il répond en diſant que ſaint Paul parle d'un mariage contracté entre deux infideles, dont l'une des parties a été depuis convertie à la foi Chrétienne. Je ne parle pas, dit Tertulien, du cas de ce mariage dans lequel le fidele converti ſe trouve DANS L'OBLIGATION DE DEMEURER, Dieu défendant le divorce hors le cas d'adultere ; mais je parle du cas d'un mariage qu'il eſt au pouvoir du fidele de ne pas contracter : *Reſpondebo..... Dominum magis ratum habere matrimonium non contrahi, quàm omninò diſjungi ; denique divortium prohibet, niſi ſtupri cauſâ, continentiam verò commendat : HABEAT IGITUR ILLE PERSEVERANDI NECESSITATEM ; hic porrò non nubendi poteſtatem.*

Saint Chryſoſtôme dit qu'un mari peut renvoyer ſa femme pour cauſe d'adultere, mais non pour cauſe d'idolâtrie. Dieu, dit-il, a permis, *permiſit ut is qui fornicariam uxorem habet, eam expelleret, gentilem verò uxorem ſecùs ; in cap. Iſaï. 3.* Et ailleurs il dit : *Adeo veniâ indignum eſt hoc peccatum* (adulterii) *ut ſi uxor, invito conjuge etiam idolatrâ, ab illo ſeparetur, à Deo puniatur, ſi ab adultero, minimè ; Homil. 63.*

Saint Auguſtin, *de adulterinis conjugiis*, ſuppoſe très-clairement que le lien du mariage contracté entre des infideles, n'eſt pas rompu lorſque la partie convertie à la foi ſe ſépare de l'autre partie demeurée dans l'infidélité. Après avoir, au livre premier, *n. 19*, comparé l'infidélité à l'adultere, & dit que de même que l'un des deux conjoints par mariage a droit de ſe ſéparer de l'autre pour cauſe d'adultere, de même le conjoint converti à la foi, avoit le droit de ſe ſéparer de l'autre pour ſon obſtination à demeurer dans l'infidélité, qui eſt une eſpece d'adultere ſpirituel : *Si propter fornicationem carnis permittitur homo à conjuge ſeparari, quanto magis in conjuge mentis fornicatio deteſtanda eſt, id eſt, infidelitas, &c.*

Enſuite il ajoute, que quoique le conjoint ait ce droit, néanmoins ſaint Paul, inſpiré par le Saint-Eſprit, lui conſeille de n'en pas uſer, & de demeurer, autant qu'il eſt poſſible, avec le conjoint infidele ; & une des raiſons qu'il apporte au *nomb. 22* pour l'y engager, eſt afin de ne pas mettre par-là le conjoint infidele dans l'occaſion de commettre un adultere, en ſe mariant à une autre perſonne : *Diſceſſionem fidelis ab infideli*, dit ce Pere, *quam non prohibet Dominus præcepto legis, quia coram illo injuſta non eſt, prohibet Apoſtolus conſilio charitatis, quia infidelibus affert impedimentum ſalutis*

*non ſolùm quia pernitioſiſſimè ſcandaliſantur offenſi, verùm etiàm quia cum in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè ſolvuntur.*

Il eſt évident par ce texte de ſaint Auguſtin, que ce Pere entend le texte de ſaint Paul, d'une ſimple ſéparation d'habitation qui laiſſe ſubſiſter le lien du mariage; car ſi le lien du mariage étoit rompu, il n'auroit pas pu dire que l'infidele, dont le conjoint fidele s'eſt ſéparé, commettroit un adultere en s'engageant dans un autre mariage: *Cùm in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè ſolvuntur.*

Dans le douzieme ſiecle, Théophilacte enſeigne pareillement que lorſque le conjoint converti à la foi, ſe ſépare de celui qui eſt reſté dans l'infidélité, cette ſéparation ne rompt pas le lien de leur mariage. Dans ſon Commentaire ſur l'Epitre de S. Paul aux Corinthiens, en expliquant ces termes: *Non enim hujuſmodi ſervituti ſubjectus eſt frater aut ſoror*, il dit: *Quæ verba ſi exactè diſcutiuntur, ſolùm ſignificant quod in hujuſmodi diſceſſibus ſeu ſeparationibus infidelis à fideli, infidelis conjugis à fideli conjuge, infidelis patris à fideli filio, infidelis filii à fideli patre, &c. nullus frater aut ſoror, hoc eſt nullus Chriſtianus aut Chriſtiana, eſt ſubjectus ſervituti hujuſmodi priori, putà quâ filius tenetur patri, aut è converſo..... quâ uxor, marito, &c. converſo; ſed hinc non convincitur quòd ſit* SOLUTUM VINCULUM CONJUGALE, *ſicut non ſolvitur vinculum filiale aut paternum.*

504. Nonobſtant ces raiſons & ces autorités, par leſquelles on établit l'indiſſolubilité du mariage contracté dans l'infidélité, on eſt obligé de convenir que l'opinion contraire eſt depuis très-long temps l'opinion commune des Théologiens & des Canoniſtes; mais quelque accréditée qu'elle ſoit, il n'eſt pas difficile de la réfuter. Il paroît que tous ceux qui l'ont embraſſée, y ont été entraînés par l'autorité de la Décrétale d'Innocent III, rapportée au précédent paragraphe, qui a effectivement décidé que la partie convertie au Chriſtianiſme, pouvoit rompre le lien du mariage qu'elle avoit contracté dans l'infidélité, lorſqu'elle étoit obligée de ſe ſéparer de l'autre partie qui demeuroit dans l'infidélité. Mais ſi on fait voir que cette Décrétale, qui eſt l'unique fondement de leur opinion, ne peut mériter aucune conſidération, il s'enſuivra que leur opinion étant deſtituée de fondement, ne peut ſe ſoutenir. C'eſt ce qu'on va établir. C'eſt une erreur de fait, dans laquelle Innocent III eſt tombé, qui a donné lieu à ſa déciſion. On ſçait que dans le treizieme ſiecle, qui eſt le temps auquel vivoit ce Pape, les perſonnes qui étudioient le Droit canonique, conſultoient peu les ſources, & ſe contentoient de l'étudier dans des compilations de canons & de paſſages de Peres de l'Egliſe, entre leſquelles compilations celle de Gratien tenoit un rang diſtingué. On ſçait auſſi que dans ce ſiecle, le flambeau de la critique n'avoit pas encore fait diſtinguer les véritables Ouvrages des Peres, de ceux qui leur étoient fauſſement attribués. Innocent III ayant donc trouvé dans le Décret de Gratien, le canon que nous avons rapporté au paragraphe précédent, où il eſt dit que le conjoint converti au Chriſtianiſme, que l'autre conjoint abandonne en haine de la Religion Chrétienne, eſt entiérement dégagé envers lui, & peut ſe marier à un autre; & l'ayant peut-être auſſi lu dans un Commentaire ſur les Epîtres de ſaint Paul, qui

paſſoit alors, & a depuis long-temps paſſé pour être un Ouvrage de ſaint Ambroiſe, ce Pape fut perſuadé que ce paſſage, rapporté par Gratien, étoit effectivement tiré ou de ſaint Grégoire, à qui Gratien l'attribue, quoiqu'il ne ſe trouve pas dans ſes Ouvrages, ou de ſaint Ambroiſe, parce qu'il ſe trouve effectivement tel que Gratien le rapporte dans un Commentaire ſur les Epîtres de ſaint Paul, qui paſſoit alors pour être un Ouvrage de ſaint Ambroiſe; c'eſt pourquoi il n'héſita pas à y conformer ſa déciſion. On reconnoît par la lecture de ſa Décrétale, que c'eſt ſur ce canon du Décret de Gratien, qu'il appuie ſa déciſion: il le cite, & il en rapporte les paroles: *Et in hoc intelligimus quod ait Apoſtolus..... & canonem etiam in quo dicitur: contumelia Creatoris ſolvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.*

Or il eſt certain aujourd'hui que ce canon de Gratien, auquel Innocent III a cru devoir conformer ſa déciſion, ne mérite aucune conſidération, & qu'il n'eſt tiré d'aucun Pere de l'Egliſe, comme nous l'avons obſervé *ſuprà*, n°. 500.

Il ſuit de-là que c'eſt l'erreur de fait dans laquelle étoit Innocent III au ſujet du canon de Gratien, qu'il croyoit fauſſement avoir été puiſé dans quelque Pere de l'Egliſe, qui a donné lieu à la déciſion contenue dans ſa Décrétale, & qu'en conſéquence cette déciſion ne peut être d'aucune conſidération: elle en mérite d'autant moins, que la diſtinction que ce Pape fait pour appuyer ſa déciſion entre le mariage des infideles, qu'il dit être *verum non tamen ratum*, & celui des Chrétiens, qu'il dit être *verum & ratum*, eſt une nouveauté contraire à ce qu'ont enſeigné les Conciles & les Peres des premiers ſiecles, comme cela paroît par ce que nous avons rapporté de l'Epître canonique du Pape Innocent I, où il eſt dit en termes formels, que le caractere d'indiſſolubilité ne convient pas moins au mariage des infideles qu'à celui des fideles; cela paroît pareillement par les autres autorités que nous avons rapportées au commencement de ce paragraphe.

Enfin, quoique la multitude des Théologiens & des Canoniſtes ſe ſoit laiſſée entraîner par l'autorité de la Décrétale d'Innocent III, il y en a néanmoins quelques-uns d'un très-grand nom qui ne s'y ſont pas laiſſés entraîner. De ce nombre ſont le Cardinal Cajetan, & Dominique Soto, qui ſoutint dans le Concile de Trente, par l'autorité des Peres, le ſentiment contraire à la Décrétale. Le Concile ne jugea pas à propos de rien décider ſur la queſtion.

505. L'Arrêt qui eſt intervenu ſur cette queſtion, eſt du 2 Janvier 1758; il déclare qu'il n'y a abus dans la Sentence de l'Official de Soiſſons, & il fait défenſes à Levi de paſſer à aucun mariage pendant la vie de Mendel-Cerf ſa femme.

# CHAPITRE III.

## *De la séparation d'habitation.*

506. LA séparation d'habitation est la décharge qui, pour de justes causes, est accordée par le Juge à l'un des conjoints par mariage, de l'obligation d'habiter avec l'autre conjoint, & de lui rendre le devoir conjugal, sans rompre néanmoins le lien de leur mariage.

Cette séparation intervient le plus ordinairement sur la demande de la femme ; elle intervient néanmoins quelquefois sur la demande du mari, comme dans le cas d'accusation d'adultere.

### ARTICLE PREMIER.

### *De la séparation d'habitation qui intervient sur la demande de la femme.*

Nous verrons, 1°. quelles sont les causes pour lesquelles une femme peut obtenir la séparation d'habitation : 2°. comment s'obtient cette séparation : 3°. nous traiterons de l'exécution & des effets de la séparation d'habitation qu'une femme a obtenue.

#### §. I.

#### *Quelles sont les causes pour lesquelles une femme peut demander la séparation d'habitation.*

507. L'union du mari & de la femme, qui est formée par Dieu même, & le pouvoir que chacun des conjoints donne sur son corps, par le mariage, à l'autre conjoint, ne permettent pas à une femme de demander la séparation d'habitation que pour de très-grandes causes. Elle est obligée, dans le for de la conscience, à s'attirer par sa douceur & par ses complaisances, les bonnes graces de son mari ; & si, en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y réussir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manieres de son mari, & même à ses mauvais traitemens : elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, & comme une croix qu'il lui envoie pour expier ses péchés : cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au-devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, & elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses ne soient portées aux plus grandes extrémités.

508. A l'égard du for extérieur, les Juges ne doivent pas trop facilement permettre à une femme, de se séparer d'habitation de son mari, à qui Dieu l'a unie ; mais lorsqu'il y a de justes causes, ils doivent le lui permettre : car, selon les regles de l'ordre politique, on doit, non pas faire, mais

permettre un moindre mal pour en éviter un plus grand : or il n'eſt pas douteux que la diſcorde & les querelles qui arrivent tous les jours entre le mari & la femme, ſi on les laiſſe enſemble, ſont un bien plus grand mal que leur ſéparation ; on doit donc, pour l'éviter, permettre à la femme de ſe ſéparer d'habitation de ſon mari, lorſqu'il y a pour cela de juſtes cauſes.

Quelles ſont ces juſtes cauſes ? c'eſt ce qui n'eſt pas facile à déterminer : on peut bien dire, en général, qu'on doit ſéparer d'habitation une femme, lorſqu'elle a conſidérablement à ſouffrir de l'averſion que ſon mari a conçue pour elle, & qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à une réconciliation ſincere ; mais il n'eſt pas facile de déterminer le degré de ce qu'elle doit avoir à ſouffrir pour qu'il y ait lieu à la ſéparation, ni d'appliquer ce principe aux différentes circonſtances dans leſquelles ſe donnent les demandes en ſéparation.

C'eſt pourquoi on doit laiſſer entiérement à l'arbitrage & à la prudence du Juge, les cauſes de ſéparation. Il ne doit être ni trop facile à l'accorder pour des diſſenſions paſſageres, ni trop difficile lorſqu'il apperçoit dans les parties une antipathie & une haine invétérée, que la cohabitation ne pourroit qu'augmenter, ſi on les laiſſoit enſemble.

509. Les mauvais traitemens que le mari exerce envers ſa femme, lorſqu'ils ont été juſqu'à la frapper ou à la pourſuivre pour la frapper, ſont une des cauſes les plus ordinaires de ſéparation.

Le Pape Innocent III regarde cette cauſe comme une juſte cauſe de ſéparation d'habitation, lorſqu'il dit au *chap.* 13, *Ext. de Reſt. Spol.* vers la fin : *Si tanta ſit viri ſævitia, ut mulieri trepidanti non poſſit ſufficiens ſecuritas provideri, non ſolùm non debet ei reſtitui, ſed ab eo potiùs, amoveri.*

Le Juge, par rapport à cette cauſe de ſéparation, doit avoir égard à pluſieurs circonſtances ; 1°. il doit avoir égard à la qualité des parties : un ſoufflet ou un coup de poing qu'un homme aura donné à ſa femme, qui pourroit être une cauſe de ſéparation entre des perſonnes de condition honnête, n'en ſera pas une entre des gens du bas peuple, à moins qu'ils n'aient été ſouvent réitérés : 2°. il doit entrer en conſidération, ſi c'eſt à propos de rien ou pour des ſujets légers que le mari s'eſt porté à ces excès, ou ſi ce n'eſt qu'après que ſa femme avoit, par des diſcours outrageans, pouſſé ſa patience à bout : 3°. enfin, ſi c'eſt dans une occaſion unique que l'homme s'eſt porté à ces excès, avant laquelle les parties avoient toujours vécu en bonne union, le Juge, ſelon les différentes circonſtanes, doit être plus ou moins facile à accorder la ſéparation.

510. Les mauvais traitemens d'un homme envers ſa femme, quoiqu'ils n'aient pas été juſqu'à la frapper, ni même juſqu'à tenter de la frapper, peuvent néanmoins être aſſez conſidérables, pour être une juſte cauſe de ſéparation. L'eſpece ſe préſenta il y a environ une vingtaine d'années, dans une cauſe ſur une demande en ſéparation d'habitation que la femme d'un Tréſorier de France avoit donnée contre ſon mari. Le mari n'avoit jamais frappé ſa femme, ni tenté de la frapper ; mais dès la premiere année de leur mariage, & pendant toutes celles qui avoient ſuivi, il n'avoit ceſſé de lui témoigner le plus grand mépris, dans toutes les occaſions, devant les per-

ſonnes qui fréquentoient la maiſon, devant les domeſtiques, & même devant leurs enfans communs, que le pere excitoit à ſe moquer de leur mere. La preuve de ces faits ayant été faite par l'enquête de la femme, intervint Sentence du Bailliage d'Orléans, qui la ſépara d'habitation; & cette Sentence a été depuis confirmée par Arrêt contradictoire. Un tel mépris inſpiré aux enfans communs, eſt infiniment plus ſenſible à une femme d'une condition honnête, que ne le ſeroient des coups que ſon mari lui auroit portés dans quelque emportement.

511. On peut auſſi mettre au nombre des juſtes cauſes de ſéparation, le refus que feroit un mari, par dureté envers ſa femme, de lui fournir, dans un état d'infirmité, les choſes les plus néceſſaires à la vie, quoiqu'il eût le moyen de les lui fournir.

Obſervez que lorſque la ſéparation eſt demandée pour cette cauſe, le Juge ne doit pas la prononcer d'abord; mais qu'il doit, par une premiere Sentence, condamner le mari à fournir à ſa femme les choſes qu'elle demande, qu'il jugera lui être néceſſaires; ce n'eſt que faute par le mari d'exécuter cette premiere Sentence, qu'il prononce la ſéparation.

512. L'accuſation d'un crime capital, intentée calomnieuſement par un mari contre ſa femme, eſt une juſte cauſe de ſéparation d'habitation. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt de 1716, rapporté ou cité par tous les Auteurs.

La même choſe avoit déja été jugée par Arrêt du 16 Juillet 1695, ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, dans la cauſe du ſieur Delaſtre, contre Marie Courtin ſa femme. Dans l'eſpece de cet Arrêt, Delaſtre avoit formé contre ſa femme l'accuſation de ſuppoſition de part (*crimen ſuppoſiti partûs:*) la femme, de ſon côté, outrée de cette calomnie, avoit donné contre ſon mari une demande en ſéparation d'habitation. L'Arrêt qui intervint jugea l'accuſation calomnieuſe, & ſépara la femme d'habitation: la Cour ne jugea pas néceſſaire la preuve de pluſieurs faits que la femme alléguoit pour fonder ſa demande en ſéparation; l'accuſation calomnieuſe, formée contre elle par ſon mari, parut ſeule être une cauſe plus que ſuffiſante pour la fonder. En effet, cette injure doit être plus ſenſible à une femme, que ne le ſeroient les ſévices les plus cruelles que ſon mari auroit exercées contre elle; & d'ailleurs une femme a tout à craindre, en demeurant avec un homme qui s'eſt porté envers elle à de pareilles extrémités.

» Pourra-t-on, diſoit M. d'Agueſſeau, refuſer à une femme accuſée fauſ-
» ſement d'un crime capital, la juſte ſatisfaction de ſe ſéparer pour toujours
» d'un mari qui a voulu la déshonorer par une calomnie atroce? L'obli-
» gera-t-on à ſoutenir, pendant toute ſa vie, la préſence de ſon accuſateur,
» & les expoſera-t-on l'un & l'autre à toutes les ſuites funeſtes d'une ſociété
» malheureuſe, qui feroit le ſupplice de l'innocent encore plus que du cou-
» pable? » Voyez le Plaidoyer de M. d'Agueſſeau, qui eſt le trente-quatrieme, au troiſieme tome de ſes Œuvres.

513. Le Chapitre *Quæſivit*, *Ext. de divort.* rapporte une autre cauſe de ſéparation d'habitation, qui eſt le cas auquel le mari auroit fait profeſſion ouverte d'héréſie, à cauſe du danger que la femme court que ſon mari

ne

ne la pervertiſſe. Cette Décrétale ne peut recevoir aujourd'hui d'application en France, où il n'y a plus qu'une Religion.

514. Ni l'épilepſie, quelques violens qu'en ſoient les accès, ni aucune autre maladie du mari, quoique contagieuſe, ne peut être pour la femme une cauſe de ſéparation d'habitation : elle eſt obligée de demeurer avec ſon mari dans cet état ; de même que ſi pareille maladie étoit arrivée à la femme, ſon mari ne pourroit pas pour cela la renvoyer.

Il en eſt de même d'une difformité, quelque grande qu'elle ſoit, qui ſeroit ſurvenue à l'un des conjoints, telle que celle que cauſe un cancer au viſage qui eſt ouvert. On peut appliquer ici ce que dit Ulpien, quoique dans un cas différent: *Quid enim tam humanum eſt, quàm fortuitis caſibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem eſſe* ; L. 22, §. 7, ff. *ſolut. matrim.*

Ces principes ſont conformes à la déciſion du Pape Alexandre III, par rapport à la maladie de la lepre, qui étoit commune de ſon temps : *Quoniam*, dit ce Pape, *vir & uxor una caro ſint, & non debeat alter ſine altera eſſe diutiùs, mandamus ut uxores viros & viri uxores qui lepræ morbum incurrunt, ſequantur, &c.*; *Cap. 1, Ext. de conjug. leproſ.*

Le mal vénérien, quoiqu'il y ait de forts ſoupçons que le mari ſe l'eſt attiré par ſes débauches, peut encore moins ſervir de fondement à une demande en ſéparation ; ce mal n'étant plus aujourd'hui un mal incurable, mais un mal que preſque tous les Chirurgiens ſçavent guérir.

515. La perte que le mari a faite de ſa raiſon, quoiqu'il ſoit dans le cas d'être enfermé, n'eſt pas une cauſe de demande en ſéparation d'habitation : la femme peut ſeulement en ce cas pourſuivre l'interdiction de ſon mari. Cette interdiction eſt ordonnée par le Juge, ſur un avis de famille. On nomme à cet interdit un curateur, & c'eſt ordinairement à la femme qu'on défere cette curatelle. Le Juge ordonne même, s'il en eſt de beſoin, qu'il ſera enfermé ; mais cela n'opere aucune ſéparation ; la communauté continue, & cet interdit continue d'en être le maître.

516. Les adulteres commis par le mari, ne peuvent ſervir à une femme de fondement pour une demande en ſéparation d'habitation : les femmes ne ſont pas admiſes dans les Tribunaux à la preuve de ces faits ; au lieu qu'au contraire l'homme eſt reçu à former contre ſa femme l'accuſation d'adultere, comme nous le verrons en l'article ſuivant.

C'eſt ce dont ſe plaint, dans Juvenal, une certaine *Laronia* :

*Dat veniam corvis* ( dit-elle ) *vexat cenſura columbas.* Sat. 2.

La raiſon de différence eſt évidente : l'adultere que commet la femme eſt infiniment plus contraire au bon ordre de la ſociété civile, puiſqu'il tend à dépouiller les familles, & à en faire paſſer les biens à des enfans adultérins qui y ſont étrangers ; au lieu que l'adultere commis par le mari, quoique très-criminel en ſoi, eſt, à cet égard, ſans conſéquence. Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme, qui eſt une inférieure, d'avoir inſpection ſur la conduite de ſon mari, qui eſt ſon ſupérieur. Elle doit préſumer qu'il lui eſt fidele, & la jalouſie ne doit pas la porter à faire des recherches de ſa conduite.

## §. II.

### *Comment s'obtient la séparation d'habitation.*

517. La femme ne peut obtenir la séparation d'habitation que par une sentence du Juge, rendue en grande connoissance de cause. Un acte reçu par des Notaires, par lequel une femme exposeroit tous les faits pour lesquels elle demande la séparation, & par lequel le mari, de son côté, reconnoîtroit la vérité de ces faits, & consentiroit par conséquent à la séparation, seroit un acte absolument nul, qui ne produiroit aucun effet. L'engagement du mariage étant formé par Dieu lui-même, non-seulement il est indissoluble, mais il ne doit pas même être permis aux parties qui l'ont contracté, de donner la moindre atteinte aux effets qu'il doit produire, sans de grandes causes, dont le mérite doit être examiné & reconnu par le Juge.

518. La femme qui veut obtenir la séparation d'habitation, doit donc se pourvoir devant le Juge, à qui elle doit donner une Requête, dans laquelle elle expose les faits sur lesquels elle se fonde pour l'obtenir; demander permission d'assigner son mari à cette fin, & cependant demander à être autorisée pendant le cours du procès, à se retirer dans une Communauté, ou un autre lieu décent qui lui sera indiqué par son mari, sinon par le Juge.

Le Juge devant qui la femme doit se pourvoir, est le Juge séculier du lieu du domicile de son mari. Le Juge ecclésiastique est incompétent; il n'a droit de connoître que des causes dans lesquelles il s'agit *de fœdere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en séparation d'habitation, cette séparation laissant subsister le lien du mariage; d'ailleurs la demande en séparation d'habitation renferme aussi celle en séparation de biens: or toutes les matieres qui concernent les biens, sont matieres profanes, dont les Juges d'Eglise ne peuvent connoître, sans abus.

Le mari, assigné aux fins de la Requête de sa femme, doit lui faire remettre, dans le lieu où elle s'est retirée, ses habits & linges dont elle a besoin pour son usage; & il doit lui payer sa pension pendant le cours du procès; en cas de refus, le Juge doit l'y condamner.

519. La cause étant portée à l'Audience, si les faits exposés par la femme ne sont pas trouvés suffisans pour donner lieu à une séparation d'habitation, on donne congé de la demande; s'ils sont trouvés suffisans, on rend un appointement, par lequel on permet à la femme de faire la preuve par témoins des faits par elle exposés, sauf au mari à faire la preuve contraire.

Dans les affaires ordinaires, lorsque le défendeur convient des faits que le demandeur a allégués pour le fondement de sa demande, les faits son tenus pour avérés, sans qu'il soit besoin en ce cas que la preuve en soit ordonnée par le Juge, qui n'a plus d'autre examen à faire, que de voir si les faits, en les regardant comme constans & avérés, sont suffisans pour fonder la demande. Il en est autrement à l'égard de la demande en séparation; cette séparation ne pouvant se faire que pour de grandes causes, & n'étant pas permis aux parties de se séparer par un mutuel consentement, la collusion qui est à craindre entre la femme & son mari, qui convient des faits

par elle allégués, doit empêcher le Juge de tenir les faits pour avérés, & il doit en ordonner la preuve, quoique le mari en ſoit convenu.

520. Lorſqu'il a éclaté un commencement de rupture entre un mari & une femme, qui a été ſuivi d'une réconciliation, les faits de mauvais traitemens qui ont précédé ce commencement de rupture, ſont couverts par la réconciliation, qui rend la femme non-recevable à s'en plaindre : c'eſt pourquoi la femme ne doit pas, par la ſuite, être écoutée dans une demande en ſéparation, ſi ce n'eſt pour des faits nouveaux qui ſe ſoient paſſés depuis la réconciliation.

A plus forte raiſon, lorſque la femme a donné une premiere demande en ſéparation d'habitation, dont ſon mari a obtenu le congé, elle ne peut être recevable à en donner une nouvelle, ſi ce n'eſt pour de nouveaux faits qui ſe ſoient paſſés depuis la Sentence ; autrement le mari peut lui oppoſer l'exception *rei judicatæ*.

521. Lorſque la femme a été reçue à la preuve des faits par elle allégués pour fonder ſa demande en ſéparation, & qu'elle a fait en conſéquence ſon enquête, le Juge, ſur cette enquête, & ſur celle du mari, s'il en a fait auſſi une, rend ſon jugement ; & s'il trouve les faits ſuffiſamment juſtifiés, il prononce par ce jugemrnt la ſéparation d'habitation demandée par la femme. Si au contraire, les faits ne ſont pas juſtifiés, il donne congé de la demande de la femme, & la condamne à retourner avec ſon mari. Quelquefois il lui accorde un court délai, comme de ſix mois, pour y retourner, afin que le reſſentiment que le mari peut avoir de la demande donnée contre lui par ſa femme, puiſſe ſe calmer pendant ce délai, pendant lequel la femme doit reſter en Couvent. Nous trouvons ce tempérament adopté par un Arrêt du 4 Mai 1695, rapporté au cinquieme tome du Journal des Audiences.

## §. III.

### *Des effets de la ſéparation d'habitation.*

522. Lorſque la ſéparation d'habitation a été prononcée par un jugement dont il n'y a pas d'appel, ou lorſque ſur l'appel, le jugement de ſéparation a été confirmé, l'effet de cette ſéparation eſt que la femme eſt par-là déchargée de l'obligation qu'elle avoit contractée par le mariage, de demeurer avec ſon mari, & de lui rendre le devoir conjugal ; elle a le droit en conſéquence, de s'établir, où elle voudra, un autre domicile que celui de ſon mari.

La ſéparation d'habitation emporte avec elle celle des biens ; elle fait perdre au mari le droit qu'il avoit ſur les biens de ſa femme, qui peut en conſéquence le pourſuivre pour la reſtitution de ſa dot.

Lorſqu'il y avoit communauté de biens, la ſéparation d'habitation en opere la diſſolution : la femme peut en conſéquence pourſuivre ſon mari pour faire un inventaire des biens de la communauté ; elle a le choix de l'accepter ou d'y renoncer ; & en cas d'acceptation, elle a le droit d'en pourſuivre le partage.

523. Au reſte, la ſéparation d'habitation, comme nous l'avons déja dit, ne rompt pas le lien du mariage : elle donne ſeulement atteinte aux effets qu'il produit. Le mari conſerve même encore après la ſéparation d'habitation, quelque reſte de la puiſſance maritale, la femme ſéparée ayant beſoin, pour les actes qui tendroient à l'aliénation de ſes immeubles, de l'autoriſation de ſon mari, ou, ſur ſon refus, de celle du Juge, qui en eſt repréſentative ; la ſéparation ne diſpenſant la femme de l'autoriſation, que pour les actes qui ne concernent que la ſimple adminiſtration de ſes biens.

524. Tous les effets de la ſéparation ceſſent, lorſque la femme ſéparée d'habitation, eſt volontairement retournée avec ſon mari. Le mari rentre dans tous ſes droits ſur la perſonne & les biens de ſa femme ; la communauté de biens, qui étoit entre les conjoints, eſt rétablie de plein droit : tout ce qui a été acquis de part & d'autre, pendant que la ſéparation a duré, y entre comme ſi elle n'avoit jamais été diſſoute, & la ſéparation d'habitation, quelqu'exécution qu'elle ait eue, & quelque long-temps qu'elle ait duré, eſt regardée comme non-avenue ; ſauf que les actes faits par la femme pendant que la ſéparation a duré, ſubſiſtent lorſque ce ſont des actes que la ſéparation lui donnoit droit de faire, tels que ſont des baux de ſes biens, *&c.*

## ARTICLE II.

### *De la ſéparation d'habitation qui intervient ſur la demande du mari.*

525. Le cas auquel il intervient une ſéparation d'habitation ſur la demande du mari, eſt lorſque ſur la plainte du mari, la femme eſt déclarée atteinte & convaincue du crime d'adultere.

526. Selon notre Droit François, le mari ſeul eſt reçu à intenter l'accuſation de ce crime contre ſa femme.

Lorſque le mari eſt mort ſans l'avoir intentée, ſes héritiers ne ſont pas recevables à oppoſer ce crime à la veuve, & à demander à en faire la preuve, pour ſe défendre de lui payer ſon douaire.

Si le mari avoit intenté l'accuſation, & qu'il fût mort pendant le cours de l'accuſation, ſans s'en être déſiſté, il n'eſt pas douteux que ſes héritiers ſeroient reçus en ce cas, à reprendre l'inſtance : cela eſt conforme à cette regle de Droit ; *omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, ſemel incluſæ judicio, ſalvæ permanent* ; L. 139, ff. *de Reg. jur.*

Mais lorſque le mari s'eſt déſiſté de ſon vivant, ou lorſqu'il a déclaré qu'il pardonnoit à ſa femme, ſes héritiers ne ſont pas recevables à reprendre les pourſuites. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 10 Juin 1650, rapporté par Soefve, *tom.* 1, *cent.* 3, *chap.* 43. Dans l'eſpece de cet Arrêt, le mari, après avoir obtenu Sentence qui déclaroit ſa femme convaincue d'adultere, pendant les pourſuites ſur l'appel de la Sentence, interjetté par la femme, avoit fait ſon teſtament, par lequel il déclaroit qu'il pardonnoit à ſa femme la faute qu'elle avoit commiſe envers lui, en proteſtant néanmoins, que l'enfant dont elle étoit enceinte, n'étoit pas de lui ; cet homme étant mort, ſon frere demanda à reprendre l'inſtance, & ſe porta héritier

ſous bénéfice d'inventaire de ſon frere. Il fut déclaré par cet Arrêt non-recevable, & le même Arrêt infirma la Sentence qui avoit entériné les lettres par leſquelles il s'étoit porté héritier au préjudice de l'enfant dont la veuve étoit accouchée.

Lorſque le mari ne ſe plaint pas, le miniſtere public n'eſt pas même reçu à intenter cette accuſation, ni pendant le mariage, ni après la diſſolution du mariage.

Néanmoins lorſqu'il y a ſcandale & proſtitution publique, ſur-tout lorſque le mari eſt complice de la proſtitution de ſa femme, le miniſtere public peut donner la plainte.

Lorſque le mari a intenté l'accuſation d'adultere contre ſa femme & contre l'adultere de ſa femme, cette accuſation, ſur l'intervention du miniſtere public, s'inſtruit à l'extraordinaire, par récolement & confrontation.

527. La peine qui eſt en uſage dans notre Droit contre la femme convaincue d'adultere, & que nous avons tirée de la Novelle de Juſtinien, eſt la réclusion dans un monaſtere, où ſon mari peut la voir & viſiter, & au bout de deux ans l'en faire ſortir pour la reprendre & la recevoir chez lui; ſinon, ledit temps paſſé, faute par ſon mari de la reprendre, elle doit être raſée & reſter dans ledit Couvent le reſte de ſes jours. On la déclare en outre, déchue de ſes dot, douaire & conventions matrimoniales.

C'eſt la Juriſprudence des Arrêts rendus ſur cette matiere, qui a été ſuivie récemment par un Arrêt du 3 Juin 1766, rendu contre la nommée Marie-Catherine Broquin, femme du nommé Jacques Cagé. Par ledit Arrêt, le nommé Lozier, qui étoit l'adultere de ladite femme, a été condamné à un banniſſement de trois ans.

Obſervez que la peine de la réclusion à perpétuité, prononcée contre une femme convaincue d'adultere, n'empêche pas qu'après la mort de ſon mari, ſur la plainte duquel elle a été condamnée, elle ne puiſſe ſortir du lieu de ſa réclusion, lorſqu'elle trouve à ſe marier à un autre homme : elle doit donner pour cela ſa requête au Juge. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 21 Juin 1684, rapporté *au 4^e. tome du Journal des Audiences*, ſur les concluſions de M. Talon, qui dit que cette peine de réclusion à laquelle une femme adultere étoit condamnée, n'emportoit pas mort civile, & ne la rendoit pas incapable de mariage : en quoi notre Juriſprudence eſt différente des Loix Romaines, qui déclaroient incapables de mariage, les femmes qui avoient été condamnées pour crime d'adultere.

Ceux qui ſeront curieux de ſçavoir quelles ont été chez les Romains, dans les différents temps, les peines contre les femmes adulteres, & leurs adulteres, peuvent voir ce que nous en avons dit au titre *ad Leg. Jul. de adult.* en notre Ouvrage, *Pandectæ Juſtinianeæ*, où nous avons traité au long cette matiere.

# SEPTIEME PARTIE.

## *Des ſeconds Mariages; & de l'Edit des ſecondes Noces.*

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des ſeconds Mariages.*

528. IL eſt permis, ſoit à un homme, ſoit à une femme, de contracter pluſieurs mariages, pourvu qu'ils ne les contractent que ſucceſſivement, & après la diſſolution des précédens. C'eſt ce qu'enſeigne clairement ſaint Paul : *Mulier alligata eſt legi, quanto tempore vir ejus vivit, quod ſi dormierit vir ejus, liberata eſt, cui vult nubat, tantum in Domino. I. ad Corinth. cap. 7.*

Il y a eu néanmoins des hérétiques qui ſe donnoient le nom de *Cathares*, ou de *Purs*, qui, nonobſtant ce texte formel de ſaint Paul, condamnoient les ſeconds mariages : le Concile de Nicée, *Can.* 8, défend de les admettre à rentrer dans l'Egliſe, s'ils n'abjurent par écrit cette erreur.

529. L'Egliſe permet non-ſeulement de contracter un ſecond mariage, mais autant qu'on jugera à propos d'en contracter, ſans en fixer le nombre, pourvu qu'on ne les contracte que ſucceſſivement, & après la diſſolution des précédens. C'eſt ce qu'enſeigne ſaint Auguſtin : *Apoſtolus dicens, ſi dormierit vir ejus, non dicit primus, vel ſecundus, vel quotus; nec nobis definiendum eſt quod non definit Apoſtolus; unde nec ullas debes damnare nuptias, nec eis verecundiam numeroſitatis inferre; Aug. de bon. vid. cap. 11, cauſ. 31, quæſt. 2, can. 13.*

On doit donc regarder comme un ſentiment outré, celui de ſaint Baſile, qui, dans ſa lettre canonique à Amphiloque, *can.* 50, dit que les troiſieme & ultérieurs mariages, ſont plutôt tolérés que permis; qu'ils ſont tolérés comme un moindre mal, pour en éviter un plus grand; ſçavoir, le péché de fornication, auquel ſeroient, ſans cela, expoſées les perſonnes qui ont de la peine à garder la continence : *Trigamiæ lex non eſt, quare lege tertium matrimonium non approbatur, verumtamen ea, ut Eccleſiæ inquinamenta, videmus, ſed publicis condemnationibus non ſubjicimus, ut quæ, ſolutâ ac profuſâ fornicatione, ſunt magis expectenda.*

530. Chez les Romains, une veuve pouvoit bien, à la vérité, paſſer à un ſecond mariage après la mort de ſon mari, mais elle devoit attendre, pour cela, qu'il ſe fût écoulé un an depuis la mort de ſon mari; & ſi elle ſe remarioit plutôt, elle encouroit de plein droit la peine de l'infamie. La principale raiſon de cette défenſe, étoit *propter turbationem ſanguinis*, L. 11,

§. 1. ff. *de his qui not. infam.* à cauſe de l'inconvénient qui pouvoit arriver, qu'il fût incertain ſi l'enfant qui naîtroit de cette femme, étoit l'enfant de ſon premier mari défunt, ou du ſecond.

Nous n'avons point ſuivi en France ſur ce point le Droit civil, & nous avons préféré à cet égard, la diſpoſition du Droit canonique, qui permet aux veuves de ſe remarier, ſans attendre ce temps, auſſi tôt qu'elles le jugeront à propos; *cap.* 4 *&* 5, *Ext. de ſec. nupt.*

Obſervez qu'en adoptant dans notre Droit la diſpoſition de ces Décrétales, nous ſommes bien éloignés d'approuver la raiſon ſur laquelle les Papes, auteurs de ces décrétales, fondent leur déciſion, qui eſt que ſaint Paul ayant permis aux femmes de ſe remarier après la mort de leur mari, les loix ſéculieres ne doivent pas reſtreindre une permiſſion que ſaint Paul leur a donnée. C'eſt un fort mauvais raiſonnement. Saint Paul en permettant aux veuves de ſe remarier après la mort de leur mari, n'entend le leur permettre qu'en ſe conformant, à cet égard, aux loix de la puiſſance ſéculiere. Ce grand Apôtre qui recommande ſi clairement l'obéiſſance aux loix des Princes, lorſqu'il dit: *Omnis anima ſublimioribus poteſtatibus ſubdita ſit*, étoit bien éloigné, en permettant aux veuves de ſe remarier de le leur permettre autrement que conformément à la Loi Romaine, à laquelle elles étoient ſujettes. Ce ne ſont donc point les mauvaiſes raiſons, employées par ces Papes dans ces décrétales, qui nous en ont fait admettre la diſpoſition; mais c'eſt parce que nous avons trouvé qu'il étoit aſſez inutile d'obliger une femme à attendre une année pour ſe remarier, & qu'au contraire il y avoit très-ſouvent des cas auxquels une veuve ne pouvoit attendre un auſſi long-tems, ſans ſe cauſer un grand préjudice; comme lorſqu'une veuve ſe trouve, à la mort de ſon mari, chargée d'un gros labour, ou d'un gros commerce, qu'elle ne peut ſoutenir ſans le ſecours d'un ſecond mari.

Mais dans les Etats où la loi civile ne permet aux femmes de paſſer à un autre mariage qu'après un certain temps, comme dans les Etats du Roi de Pruſſe, où par le Code-Frédéric, il eſt défendu aux veuves de ſe remarier avant un temps de neuf mois écoulé, ſi ce n'eſt avec une diſpenſe du Roi, une veuve Catholique dans ces Etats, qui ſe remarieroit avant ce temps, ſe rendroit coupable, non-ſeulement dans le for extérieur, mais dans celui de la conſcience, & devant Dieu, nonobſtant les Décrétales ci-deſſus citées.

531. Il nous reſte à obſerver à l'égard des ſecond & ultérieurs mariages, que quoique l'Egliſe les ait toujours permis, elle les a néanmoins regardés comme défavorables & ſuſpects du motif d'incontinence; c'eſt pourquoi on ſoumettoit autrefois à la pénitence les perſonnes qui les contractoient; *Conc. Neoceſar. Can.* 3: *non quod peccent*, dit Baron, *ad ann.* 314, *n°.* 91, *ſed quod ſuam incontinentiam manifeſtent.*

C'eſt pour cette raiſon, que ſelon pluſieurs Rituels, on ne prononce pas ſur les ſeconds mariages la bénédiction qu'on prononce ſur les premiers.

# CHAPITRE II.

## *De l'Edit des ſecondes Noces.*

532. LE Roi François II. a fait un Edit, qui eſt du mois de Juillet 1560, & qu'on appelle vulgairement l'*Edit des ſecondes Noces.* Cet Edit eſt l'ouvrage du Chancelier de l'Hôpital ; ſon objet eſt de reſtreindre en faveur des enfans que des femmes ont d'un précédent mariage, les libéralités exceſſives qu'elles feroient aux hommes qu'elles épouſent en ſecond & ultérieurs mariages. Voici comme s'en explique l'Edit dans le préambule : » Comme les femmes veuves ayant enfans, ſont ſouvent invi-» tées & ſollicitées à nouvelles noces, & ne connoiſſant pas être recher-» chées plus pour leurs biens que pour leurs perſonnes, elles abandonnent » leurs biens à leurs nouveaux maris, ſous prétexte & faveur du mariage, » leur font des donations immenſes, mettant en oubli le devoir de nature » envers leurs enfans, de l'amour deſquels tant s'en faut qu'elles ſe duſſent » éloigner par la mort du pere, que les voyant deſtitués du ſecours & aides » de leur pere, elles devroient par tous moyens s'exercer à leur faire dou-» ble office de pere & de mere ; deſquelles donations, outre les querelles » & diviſions entre les mari & enfans, s'enſuit la diminution des bonnes » familles, & conſéquemment diminution de la force de l'état public ; à » quoi les Empereurs ont voulu pourvoir par pluſieurs bonnes loix & conſ-» titutions, ſur ce par eux faites ; & Nous, entendant l'infirmité du ſexe, » avons loué, & approuvé icelles loix, & en ce faiſant, avons dit, ſta-» tué, *&c.* ».

Cet Edit contient deux chefs ou diſpoſitions. Nous traiterons du premier chef dans une premiere ſection : du ſecond, dans une ſeconde. Nous traiterons dans une troiſieme, d'une extenſion que la Coutume de Paris, & quelques autres ont faite à l'Edit.

## SECTION PREMIERE.

### *Du premier chef de l'Edit des ſecondes Noces.*

533. Le premier chef de l'Edit eſt conçu en ces termes : » Ordonnons » que les femmes veuves, ayant enfant ou enfans, ou enfans de leurs en-» fans, ſi elles paſſent à nouvelles noces, ne pourront, en quelque façon » que ce ſoit, donner de leurs biens, meubles, acquêts, ou acquis par » elles, d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs propres, à leurs » nouveaux maris, pere, mere, ou enfans deſdits maris, ou autres perſon-» nes qu'on puiſſe préſumer être par dol ou fraude interpoſées, plus que » l'un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans ; & s'il ſe trouve diviſion » inégale de leurs biens, faite entre leurs enfans, ou enfans de leurs en-» fans, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, ſeront ré-» duites

» duites & mesurées à la raison de celui des enfans qui aura le moins ».

En fin de l'Edit, il est porté : » N'entendons par ce présent notre Edit » bailler auxdites femmes plus de pouvoir & liberté de donner & disposer » de leurs biens, qu'il ne leur est loisible par les Coutumes des pays, aux- » quelles par ces présentes n'est dérogé, *&c.* »

Ce premier chef de l'Edit est tiré de la loi *hac edictali 6*, *Cod.* de secundis nuptiis : *Hac edictali lege in perpetuum valiturâ sancimus*, disent les Empereurs Léon & Antheme, *si ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve ad secunda vel tertia aut ulteriora repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercæ vel vitrico ... hereditatis jure, sivè legati, sivè fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causâ, habitâ donatione, conferre, nec inter vivos ... quam filio vel filiæ, si unus vel una extiterit. Quòd si plures liberi fuerint, singulis æquas partes habentibus, minimè plusquàm ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri ; sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transferint facultates, tunc non liceat plus eorum novercæ vel vitrico relinquere vel donare .... quàm filius vel filia habet, cui minor pars data fuerit ; ita tamen ut quarta pars quæ eis liberis debetur, nullo modo minuatur .... quam observationem in personis etiam avi vel aviæ, proavi & proaviæ, nepotum vel neptium, sivè ex potestate sint, sivè emancipati, ex paternâ vel maternâ lineâ venientibus, custodiri censemus .... Sin verò plus quàm statutum est, novercæ vel vitrico relictum vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit, tanquam non scriptum neque derelictum, vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum, & inter eos dividi jubemus ; omni circumscriptione, si quæ per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.*

Pour l'intelligence de ce premier chef de l'Edit, nous verrons dans un premier article quelles sont les personnes auxquelles la défense est faite, & quelles sont celles auxquelles il leur est défendu de donner : dans un second article, quelles donations, & quels avantages sont sujets à la réduction de l'Edit dans un troisieme, en quels cas il y a lieu à la réduction; & dans un quatrieme, quels enfans peuvent demander la réduction : dans un cinquieme, nous verrons quelles actions ont les enfans pour demander cette réduction : dans un sixieme article, comment & à quel titre se partagent les biens retranchés, & entre quelles personnes. Nous traiterons dans un septieme & dernier article, des donations de parts d'enfans.

## ARTICLE PREMIER.

### *Quelles ſont les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite ; quelles ſont celles auxquelles il leur eſt défendu de donner.*

### §. I.

### *Quelles ſont les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite.*

534. Les perſonnes auxquelles la défenſe de l'Edit eſt faite, ſont les femmes veuves, *ayant enfant ou enfans*, qui ſe remarient. Il réſulte de ces termes, *enfant ou enfans*, que les femmes veuves qui ſe remarient, ſont compriſes dans la défenſe de l'Edit, ſoit qu'elles aient pluſieurs enfans de leurs précédens mariages, ſoit qu'elles en aient ſeulement un.

On ne compte néanmoins que ceux qui ſont habiles à ſuccéder. Une femme qui a un enfant qui ayant perdu l'état civile, ſoit par la Profeſſion religieuſe, ſoit par une condamnation capitale, eſt inhabile à lui ſuccéder, eſt cenſée n'en avoir aucun, & n'eſt pas en conſéquence compriſe dans la défenſe de l'Edit.

535. L'Edit ajoute, *ou enfans de leurs enfans.* Il réſulte de ces termes, que quand même les enfans que la femme qui ſe remarie auroit eu de ſes précédens mariages, ſeroient tous prédécédés, il ſuffit qu'il lui reſte quelque deſcendant de quelqu'un deſdits enfans, pour qu'elle ſoit compriſe dans la défenſe de l'Edit.

536. *Quid* ſi la femme qui ſe remarie n'avoit aucun enfant, ni enfant de ſes enfans, mais qu'elle, ou quelqu'une de ſes brus fût groſſe d'un poſthume qui naquît par la ſuite ? Suivant la maxime du Droit, *qui in utero eſt, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur*, L. 7, ff. *de ſtat. hom.* L. 231, ff. *de verbo ſign.*, le poſthume dont cette femme ou ſa bru étoit groſſe, eſt cenſé avoir déja été au monde lorſqu'elle s'eſt remariée : elle eſt cenſée avoir eu dès ce temps cet enfant ou petit-enfant, & par conſéquent elle eſt compriſe dans les termes de l'Edit ; *femmes veuves ayant enfant ou enfant de leurs enfans.*

537. Un homme veuf qui ſe remarie, ayant quelque enfant ou petit-enfant de ſes précédens mariages, eſt-il cenſé compris dans la défenſe portée par ce premier chef de l'Edit ? La raiſon de douter, étoit que l'Edit étant une loi qui contient des peines, & qui reſtreint la liberté naturelle, eſt, dit-on, une loi pénale, qui n'eſt pas par conſéquent de nature à recevoir extenſion : l'Edit n'ayant parlé dans ce premier chef que des femmes, il ne doit pas, dira-t-on, être étendu aux hommes, d'autant plus que dans le préambule, le Légiſlateur, par ces termes, *nous entendant l'infirmité du ſexe*, ſe fonde ſur une raiſon qui eſt particuliere aux femmes. Enfin l'Edit ayant expreſſément compris les hommes dans le ſecond chef de ſes diſpoſitions, & au contraire n'ayant, dans ce premier chef, parlé que des femmes, il ſemble que le Légiſlateur n'a pas voulu y comprendre les hommes, puiſque s'il eût voulu les y comprendre, il s'en ſeroit expliqué, comme il a fait dans le ſecond chef.

Nonobſtant ces raiſons, les Arrêts rapportés par Chopin, Mornac & Bacquet, ont jugé que le premier chef de l'Edit avoit lieu à l'égard des hommes qui ſe remarient, de même qu'à l'égard des femmes, & cela n'eſt plus révoqué en doute. La raiſon eſt qu'on ne doit pas regarder cet Edit comme une loi pénale, & non ſuſceptible d'extenſion; mais au contraire, comme une loi très-favorable, ſuivant qu'il paroît par les motifs qui ſont expliqués dans le préambule de l'Edit, & qui convenant aux hommes qui ſe remarient, auſſi-bien qu'aux femmes, doivent faire étendre la loi aux hommes. D'ailleurs dans le préambule de l'Edit, le Légiſlateur dit qu'il l'a fait en approuvant & adoptant les conſtitutions des Empereurs Romains faites ſur cette matiere: or la loi *hæc edictali* des Empereurs Léon & Antheme, que nous avons ci-deſſus rapportée, & d'où eſt tiré le premier chef de l'Edit, comprend expreſſément dans ſa diſpoſition l'homme qui ſe remarie.

## §. II.

### *Quelles ſont les perſonnes auxquelles l'Edit défend de donner.*

538. L'Edit défend aux femmes qui ſe remarient ayant quelque enfant ou petit-enfant de leurs précédens mariages, de donner aux hommes qu'elles épouſent en ſecond ou ultérieur mariage, plus que ce qui eſt porté par l'Edit; & il eſt pareillement cenſé défendre aux hommes qui ſe remarient, ayant quelqu'enfant de leur précédent mariage, de donner aux femmes qu'ils épouſent en ſecond ou ultérieur mariage, plus que ce qui eſt porté par l'Edit.

Lorſqu'une femme ayant un ou pluſieurs enfans d'un premier mariage, épouſe ſucceſſivement pluſieurs maris en ſecond, troiſieme ou ultérieurs mariages; ou lorſqu'un homme, ayant un ou pluſieurs enfans d'un premier mariage, épouſe ſucceſſivement pluſieurs femmes en ſecond, troiſieme ou ultérieurs mariages, ce n'eſt pas à chacun des maris que cette femme a épouſé ſucceſſivement en ſecond, troiſieme & ultérieurs mariages, ni à chacune des femmes que cette homme a épouſée ſucceſſivement en ſecond, troiſieme & ultérieurs mariages; mais c'eſt à tous les ſeconds & ultérieurs maris enſemble, ou à toutes les ſecondes & ultérieures femmes enſemble qu'il eſt défendu de donner plus que la valeur de la part d'un enfant le moins prenant; de maniere que lorſqu'une femme a donné à ſon ſecond mari, elle ne peut donner au troiſieme que ce qu'elle a donné de moins au ſecond, que la valeur du montant de la part de l'enfant le moins prenant; & ſi elle a déja donné au ſecond mari la valeur entiere du montant de cette part, elle ne peut plus rien donner au troiſieme; & il en eſt de même de l'homme qui a donné à ſa ſeconde femme, il ne peut rien donner à la troiſieme qu'autant que ce qu'il a donné à la ſeconde ſeroit au-deſſous de la valeur du montant de la portion de l'enfant le moins prenant.

539. Ce n'eſt pas ſeulement au ſecond & ultérieurs maris que l'Edit défend de donner; il ajoute: *pere, mere, ou enfans deſdits maris ou autres perſonnes qu'on puiſſe préſumer être par dol ou fraude interpoſées.*

C'eſt avec raiſon que l'Edit défend de donner aux pere & mere des ſecond

& ultérieurs maris ; car autrement l'Edit ne manqueroit pas d'être éludé ; les ſecond & ultérieurs maris feroient donner à leurs pere & mere ce qu'ils ne pourroient ſe faire donner à eux-mêmes ; d'ailleurs ce qui eſt donné à leurs pere & mere, leur eſt cenſé donné indirectement, puiſque devant, ſelon l'ordre de la nature, ſuccéder aux biens de leurs pere & mere, ils le retrouveroient un jour dans leur ſucceſſion.

L'Edit, ſous les termes de *pere & mere*, eſt-il cenſé avoir compris tous les parens de la ligne directe aſcendante ? Je le crois : cet Edit qui a pour objet de conſerver à des enfants la ſucceſſion de leur mere, eſt très-favorable ; & les mêmes raiſons qui ont fait comprendre dans la prohibition de l'Edit les pere & mere, militent également à l'égard des autres parens de la ligne aſcendante. Dans ces cas, tous les parens de la ligne directe aſcendante ſont cenſés compris ſous les termes de pere & mere : *patris nomine, avus quoque demonſtrari intelligitur ;* L. 201, ff. *de verb. ſign. Appellatione* PARENTIS *non tantùm pater, ſed etiam avus & proavus, & deinceps omnes ſuperiores continentur ;* L. 51, ff. *d. tit.*

540 C'eſt auſſi avec raiſon que l'Edit comprend dans ſa prohibition les enfans des ſecond & ultérieurs maris ; ſans cela la diſpoſition de l'Edit ſeroit éludée : les ſecond & ultérieurs maris ſeroient donner à leurs enfans ce qu'ils ne pourroient ſe faire donner à eux-mêmes. La tendreſſe paternelle leur fait réputer donné à eux-mêmes ce qui eſt donné à leurs enfans : *quod donatur filio, videtur donatum patri.*

L'Edit, ſous le terme d'*enfans*, comprend auſſi les petits-enfans & toute la ligne directe deſcendante.

Ce ſont proprement les enfans que les ſecond ou ultérieurs maris ont de leurs précédens mariages, qui ſont compris dans la prohibition de l'Edit. A l'égard des enfans communs de la femme qui s'eſt remariée, & de ſon ſecond mari, ces enfans étant les enfans de ſa donatrice, ont par eux-mêmes une qualité qui leur peut faire mériter l'affection de leur mere.

Cela doit ſur-tout avoir lieu, lorſque la donation ne leur a été faite que depuis qu'elle les a mis au monde. Il y a plus de difficulté, lorſque la femme a fait cette donation par ſon contrat de mariage avec le ſecond mari, aux enfans qui naîtroient de leur mariage. Il eſt difficile de ne pas penſer, en ce cas, qu'elle eſt faite plutôt en conſidération du ſecond mari, que des enfans à naître de ce mariage, qui n'ont gueres pu, avant qu'ils fuſſent au monde, mériter l'affection de la donatrice. Néanmoins les Arrêtiſtes rapportent pluſieurs Arrêts qui ont jugé valables & non ſujettes à l'Edit ces donations faites aux enfans à naître du ſecond mariage ; *Voyez* Deniſart, ſur le mot *Edit des ſecondes noces.*

541. Les donations faites aux pere & mere & aux enfans que les ſecond & ultérieurs maris ont de leurs précédents mariages, n'ont été compriſes dans la prohibition de l'Edit, que parce qu'elles ſont préſumées faites en conſidération des ſecond & ultérieurs maris ; c'eſt pourquoi elles ne doivent y être cenſées compriſes que lorſqu'elles leur ſont faites du vivant deſdits ſecond & ultérieurs maris : mais ſi une femme, après la mort de ſon ſecond mari, faiſoit quelque donation à quelqu'un des pere, mere ou des en-

ſans de ce ſecond mari, comme elle ne pourroit en ce cas être cenſée faite en conſidération du ſecond mari qui n'exiſtoit plus, elle ſeroit valable, & ne ſeroit pas ſujette à être réduite.

542. L'Edit ajoute : *Et autres perſonnes qu'on puiſſe préſumer être par dol ou fraude interpoſées.*

Obſervez une différence entre ces *autres perſonnes* dont parle ici l'Edit ; & les pere, mere & enfans des ſecond & ultérieurs maris dont il a parlé auparavant. Les donations faites à ceux-ci ſont préſumées faites en conſidération des ſecond & ultérieurs maris, & en conſéquence ſujettes à la réduction de l'Edit, par cela ſeul qu'ils ſont parents en ligne directe deſcendante ou aſcendante deſdits ſecond & ultérieurs maris ; mais les donations faites *aux autres perſonnes*, n'y ſont ſujettes qu'autant que les enfans qui les attaqueroient, établiroient par des preuves ou par des préſomptions aſſez fortes pour équipoller à des preuves, que ces perſonnes ont été interpoſées par le ſecond mari pour recevoir à ſa place la donation, & la lui faire paſſer.

On peut alléguer pour exemple d'une préſomption, que le donataire ſeroit une perſonne interpoſée par le ſecond mari, ſi la perſonne à qui la donation a été faite, proche parente du ſecond mari, ne demeuroit pas ſur le lieu, & étoit entiérement inconnue à la donatrice.

Les enfans qui ſoupçonnent que la perſonne à qui leur mere a fait la donation, eſt une perſonne interpoſée par le ſecond mari, peuvent, à défaut de preuves, déférer ſur ce fait, au donataire, le ſerment déciſoire.

543. Tout ce que nous avons dit des donations faites par une femme qui s'eſt remariée, aux pere, mere ou enfans de ſon ſecond ou ultérieur mari, ou autres perſonnes par lui interpoſées, reçoit application à celles faites par un homme qui ſe remarie, aux pere, mere & enfans de ſes ſeconde & ultérieures femmes, & aux perſonnes par elle interpoſées.

## ARTICLE II.

### *Quels ſont les dons & avantages ſujets à la réduction de l'Edit.*

544. Tous les dons & avantages qu'une femme fait à ſes ſecond & ultérieurs maris, ou un homme à ſes ſeconde & ultérieures femmes, ſont ſujets à la réduction de l'Edit : les donations rémunératoires y ſont ſujettes auſſi-bien que les donations ſimples, quelque grands & ſignalés que ſoient les ſervices, lorſque ce ſont des ſervices qui par leur nature ou par la qualité de la perſonne qui les a rendus, ne ſont pas appréciables à prix d'argent.

Lorſque les ſervices en récompenſe deſquels la donation a été faite, ſont appréciables à prix d'argent, & tels que le donataire qui les a rendus, auroit pu avoir action en Juſtice pour en demander le paiement, la donation n'eſt en ce cas donation, ni par conſéquent ſujette à la réduction de l'Edit, que juſqu'à concurrence de ce dont la valeur des choſes données, excede la valeur du prix des ſervices, en récompenſe deſquels la donation a été faite.

Si le prix des choſes données, n'excédoit pas le prix des ſervices, ce ne ſeroit pas une donation, mais une ſimple dation en paiement.

545. Les donations onéreuſes ſont ſujettes à la réduction de l'Edit, auſſi-bien que les donations ſimples, lorſque les charges impoſées par la donation au donataire, ſont des charges qui ne ſont pas appréciables à prix d'argent.

Par exemple, ſi une femme de condition avoit fait une donation à ſon ſecond mari, à la charge qu'il porteroit ſon nom, cette charge n'étant pas appréciable à prix d'argent, n'empêcheroit pas la donation d'être ſujette à la réduction de l'Edit.

Mais lorſque les charges impoſées au donataire, ſont des charges appréciables à prix d'argent, la donation onéreuſe n'eſt donation, & n'eſt ſujette à la réduction portée par l'Edit, qu'autant & juſques'à concurrence de ce que la valeur des choſes données, excede le prix des charges, mais juſqu'à concurrence des charges; c'eſt le contrat *do ut des*, ou *do ut facias*, plutôt qu'une donnation.

Il en eſt de même d'un legs fait par une femme à ſon ſecond mari, *aut vice verſâ*, dans les Provinces où les loix permettent aux conjoints de ſe donner par teſtament. Si le legs impoſe au légataire, des charges appréciables à prix d'argent, il n'eſt libéralité & ſujet à la réduction de l'Edit, qu'autant & juſqu'à concurrence de ce que la valeur des choſes léguées excédoit le prix des charges; juſqu'à concurrence du prix des charges, c'eſt moins un legs fait au légataire, qu'une exécution teſtamentaire deſdites charges, qui lui eſt confiée.

546. Les donations qu'une femme fait à ſon ſecond mari, *aut vice verſâ*, ſont-elles ſujettes à la réduction de l'Edit lorſqu'elles ſont mutuelles & égales, tant par rapport à la valeur des biens donnés réciproquement, que par rapport au riſque que la donation renferme, les perſonnes qui ſe ſont fait la donation mutuelle, étant d'un âge à-peu-près égal, & d'un auſſi bon tempérament l'une comme l'autre? La raiſon de douter, eſt qu'il ſemble que ces donations ne ſont pas tant des donations, que des eſpeces de contras intéreſſés de part & d'autre, de la claſſe des contrats aléatoires: la femme, en faiſant à ſon ſecond mari une telle donation, reçoit de lui l'équivalent de ce qu'elle lui donne. Si elle lui donne l'eſpérance de recueillir les biens compris dans la donation qu'elle lui fait, dans le cas où il la ſurvivroit, elle reçoit de lui l'équivalent, par une eſpérance d'égale valeur qu'il lui donne de ſon côté, de recueillir les biens compris dans la ſienne, dans le cas où elle le ſurvivroit: on peut auſſi, par la même raiſon, dire que la femme, par une telle donation, ne fait aucun tort aux enfans de ſon premier mariage; car ſi par cette donation ils courent le riſque de trouver la ſucceſſion de leur mere diminuée de ce qui eſt compris dans ſa donation, dans le cas auquel elle prédécéderoit ſon ſecond mari, ils en ſont indemniſés par l'eſpérance qu'ils acquierent par cette donation de trouver la ſucceſſion de leur mere, au cas qu'elle ait ſurvécu ſon mari, augmentée d'autant qu'elle eût été diminuée, ſi elle eût prédécédé. Cette eſpérance qu'ils acquierent étant d'un prix égal au prix du riſque, compenſe ce riſque, & en indemniſe les enfans.

Nonobſtant ces raiſons, la Juriſprudence eſt conſtante, que les donations mutuelles, quelqu'égales qu'on les ſuppoſe, ne ſont pas moins ſujettes à la réduction de l'Edit, que les donations ſimples. Ricard rapporte un Arrêt célebre du 23 Mai 1586, prononcé en Robes-rouges, par le Préſident Briſſon, qui l'a jugé, & depuis on n'en a plus douté. La déciſion de cet Arrêt eſt conforme à la lettre & à l'eſprit de l'Edit.

1°. Elle eſt conforme à la lettre de l'Edit. Il y eſt dit : *ne pourront en quelque façon que ce ſoit, donner, &c.* Ces termes renferment toutes les donation de quelque eſpece qu'elles ſoient, & par conſéquent les mutuelles auſſi-bien que les ſimples. Il eſt faux que les donations mutuelles que des futurs époux ſe font, quelque égales qu'elles ſoient, ne ſoient pas de véritables donations : l'intention des parties leur en donne le caractere, & les diſtingue des contrats aléatoires ; c'eſt l'affection réciproque que les parties ont l'une pour l'autre ; c'eſt le bien qu'ils ſe veulent l'une à l'autre, qui les porte à ſe faire mutuellement ces donations. Cette intention de bienfaiſance donne à ces donations *ad quas ſe mutuis affectionibus provocaverunt*, le caractere de donation, & les diſtingue des contrats aléatoires.

2°. La déciſion de l'Arrêt eſt conforme à l'eſprit de l'Edit. Le motif de l'Edit, ſuivant qu'il paroît par le préambule, a été d'empêcher que les enfans des précédens mariages, ne fuſſent expoſés à être réduits à la pauvreté, par les donations de leur mere ; *d'où s'enſuit*, dit l'Edit, *la diminution des bonnes familles*. Or ils y ſeroient expoſés par les donations mutuelles, dans le cas où leur mere prédécéderoit, ce que l'Edit a voulu empêcher. C'eſt une mauvaiſe raiſon, de dire que les enfans ſont dédommagés du riſque qu'ils courent de perdre ce que leur mere a donné, ſi elle prédécede, par l'eſpérance d'en gagner autant, ſi elle ſurvit. Tout le monde condamne l'imprudence des gros joueurs, qui expoſent au haſard du jeu les biens qui leur ſont néceſſaires pour leur ſubſiſtance, quoiqu'en jouant ils aient l'eſpérance de gagner autant que ce qu'ils riſquent de perdre : par la même raiſon, on doit condamner & réprimer l'imprudence d'une mere, qui par ces donations mutuelles, expoſe les enfans de ſon précédent mariage, à être réduits à l'indigence, nonobſtant l'eſpérance qu'elle leur procure de gagner autant que ce qu'ils courent riſque de perdre.

547. Les donations qu'une femme fait à ſon ſecond mari, ou qu'un homme fait à ſa ſeconde femme, ſont ſujettes à la réduction de l'Edit, ſoit qu'elles aient été faites entre-vifs, ſoit qu'elles aient été faites par teſtament dans les Provinces où les loix permettent à des conjoints de ſe donner par teſtament.

548. Elles y ſont ſujettes, ſoit qu'elles aient été faites durant le mariage, dans les Provinces où les loix le permettent, ſoit qu'elles aient été faites avant le mariage par le contrat du ſecond mariage.

Si une veuve a fait une donation entre-vifs à un homme qu'elle a depuis épouſé en ſecondes noces, quoique par l'acte de donation, il ne fût fait aucune mention du mariage qu'ils ont depuis contracté, on doit préſumer facilement qu'elle a été faite en conſidération du futur mariage ; & elle eſt en conſéquence ſujette à la réduction de l'Edit : ſans cela il y auroit une voie ouverte pour éluder l'Edit.

Mais lorſque les circonſtances réſiſtent abſolument à cette préſomption ; *putà* s'il s'étoit écoulé un temps très-conſidérable entre la donation & le mariage que la donatrice a contracté avec le donataire, & que dans le temps intermédiaire, la veuve donatrice eût, depuis la donation, contracté un ſecond mariage avec un autre, après la diſſolution duquel elle auroit épouſé en troiſiemes noces le donataire, je penſe que la donation ne doit pas en ce cas être ſujette à la réduction de l'Edit. Ayant été faite ſans aucune vue du mariage, & à un donataire que la donatrice ne regardoit pas alors comme ſon futur mari, elle a acquis à ce donataire un droit irrévocable dans les choſes compriſes dans la donation qui lui a été faite, dont le mariage qu'il a contracté depuis avec la donatrice, ne doit pas le dépouiller.

549. Non-ſeulement les donations formelles ſont ſujettes à la réduction de l'Edit, mais encore les avantages qui ſe trouvent renfermés dans des conventions ordinaires de mariages, y ſont ſujets. Par exemple, quoique la convention de préciput ſoit une convention ordinaire de mariage, néanmoins lorſqu'on eſt convenu par le contrat de mariage d'une veuve avec ſon mari, que le ſurvivant auroit par préciput, *putà* une ſomme de 3000 liv. & que le ſecond mari ſurvît, cette convention, en cas d'acceptation de la communauté par les enfans, renferme un avantage au profit du ſecond mari ſurvivant, de la moitié de la ſomme convenue pour le préciput ; & cet avantage eſt ſujet à la réduction de l'Edit, ſi la portion de l'enfant moins prenant, montoit à moins que la ſomme de 1500 liv. moitié du préciput.

Par la même raiſon, ſi le contrat de mariage, où ſe trouve cette convention de préciput, portoit auſſi une donation de part d'enfant au profit du ſecond mari, le ſecond mari ayant par la part d'enfant qui lui eſt donnée, tout ce qu'il eſt permis à la femme de lui donner, il ne peut plus avoir de préciput.

Si les enfans héritiers de leur mere renonçoient à la communauté, tous les biens de la communauté appartenans de droit en ce cas au mari, il n'y auroit pas lieu au préciput qui ſe prend ſur les biens de la communauté ; & la convention de préciput devenant ſans effet, ne formeroit aucun avantage au profit de ſon ſecond mari.

Lorſque c'eſt un homme veuf qui a épouſé une ſeconde femme, laquelle a ſurvécu, la convention de préciput forme pareillement au profit de cette ſeconde femme qui accepte la communauté, un avantage de la moitié de la ſomme convenue pour le préciput du ſurvivant ; & ſi cette femme ſurvivante renonce à la communauté, & qu'il y ait clauſe qu'elle aura ſon préciput, même en cas de rénonciation à la communauté, la convention de préciput forme en ce cas au profit de la ſeconde femme, un avantage de toute la ſomme convenue pour le préciput ; & en l'un & l'autre cas l'avantage eſt ſujet à la réduction de l'Edit.

550. La communauté de biens qui eſt établie entre une veuve & ſon ſecond mari, eſt une eſpece de contrat de ſociété, qui ne renferme aucun avantage au profit du ſecond mari, lorſqu'il a apporté autant que ſa femme ; mais lorſque l'apport eſt inégal, & que la veuve a apporté plus que n'a

n'a apporté le ſecond mari; *putà* ſi la femme a apporté 4000 liv. en communauté, & que le ſecond mari n'en ait apporté que 1000, cette inégalité forme au profit du ſecond mari un avantage ſujet à la réduction de l'Edit; cet avantage eſt de la moitié de ce que la femme a apporté de plus que lui : lorſque les enfans acceptent la communauté, & lorſqu'ils y renoncent, & qu'il n'y a pas de clauſe au contrat de mariage, qui leur accorde la repriſe de la part de leur mere, l'avantage eſt du total de ce que la femme a apporté de plus que lui. Par exemple, dans l'eſpece propoſée où la femme a apporté 3000 liv. de plus que ſon ſecond mari, l'avantage, en cas d'acceptation de la communauté, ſera de 1500 liv.; & en cas de rénonciation, de 3000 liv. C'eſt pourquoi ſi dans le cas de l'acceptation, la part de l'enfant qui eſt le moins prenant, ſe trouve moindre de 1500 liv.; & ſi dans le cas de rénonciation, elle ſe trouve moindre de 3000 liv. il y aura en l'un & l'autre cas lieu à la réduction de l'Edit.

Par la même raiſon, ſi le contrat du ſecond mariage, outre l'avantage qui réſulte de l'inégalité de l'apport, contenoit une donation de part d'enfant, faite par la femme à ſon ſecond mari, le ſecond mari qui par la donation de part d'enfant reçoit tout ce qu'il eſt permis à la femme de lui donner, ne doit profiter en rien de ce que la femme a apporté de plus que lui: c'eſt pourquoi au partage de la communauté, les enfans doivent, avant partage, prélever tout ce que leur mere a apporté à la communauté de plus que lui, de la même maniere que ſi elle ſe l'étoit réſervé propre. Par exemple, dans l'eſpece propoſée, ils doivent au partage de la communauté, prélever avant partage la ſomme de 3000 liv. & s'ils avoient déja fait partage de la communauté, ſans faire ce prélevement, les enfans ayant touché par ce partage la moitié de la ſomme de trois mille livres qu'ils avoient droit de prélever, en doivent faire confuſion ſur eux: le ſecond mari eſt débiteur envers eux de quinze cents livres pour l'autre moitié de ce prélevement qu'ils avoient droit de faire; & cette ſomme de quinze cents livres que le ſecond mari doit aux enfans, lui doit être précomptée ſur ſa part d'enfant, qu'il a droit de prendre dans la part échue aux enfans par le partage de la communauté.

Lorſque c'eſt un homme qui, par le contrat de mariage avec une ſeconde femme, a apporté plus qu'elle en communauté, c'eſt pareillement un avantage qu'il fait à ſa ſeconde femme de la moitié de la ſomme qu'il a apportée de plus qu'elle en communauté, lorſque cette ſeconde femme accepte la communauté: ſi elle y renonce, l'avantage diſparoît.

551. Dans la communauté légale qui a lieu lorſque les parties ne ſe ſont pas expliquées ſur la communauté, ou lorſqu'il n'y a pas du tout de contrat de mariage, ſi le mobilier de la femme qui eſt entré dans cette communauté légale, étoit beaucoup plus conſidérable que celui du ſecond mari, cette inégalité ſeroit-elle cenſée faire un avantage au profit du ſecond mari, ſujet à la réduction de l'Edit, de même que l'inégalité d'apport qui ſe trouve dans la communauté conventionelle? On dit en faveur du ſecond mari, c'eſt la loi qui fait tomber dans la communauté légale tout le mobilier de chacune des parties. Si le ſecond mari reſſent un avantage de ce

que ſa femme en avoit plus que lui, & de ce qu'il en eſt entré plus de la part de ſa femme que de la ſienne, il tient cet avantage de la loi qui l'y a fait entrer, & non de ſa femme avec qui il n'a eu à cet égard aucune convention : cet avantage n'eſt donc pas en cela un avantage que lui fait ſa femme; il n'eſt donc pas ſujet à la réduction de l'Edit.

Nonobſtant ce raiſonnement, il eſt conſtant dans l'uſage, qu'il y eſt ſujet de même que celui qui réſulte de l'inégalité des apports dans le cas de la communauté conventionnelle. Il eſt faux que dans le cas de la communauté légale, le ſecond mari ne tienne pas cet avantage de ſa femme, mais ſeulement de la loi. Suivant les principes de Dumoulin, que nous rapporterons dans le préliminaire de notre *Traité de la Communauté*, lorſque les parties n'ont pas fait de contrat de mariage, ou ne ſe ſont pas expliquées ſur la communauté dans celui qu'elles ont fait, elles ſont cenſées être tacitement, ou du moins virtuellement convenues de tout ce qu'il eſt d'uſage de convenir dans la Province; & par conſéquent dans les Provinces dont la loi admet la communauté entre mari & femme, ſans qu'elle ait été expreſſément ſtipulée, elles ſont cenſées tacitement, ou du moins virtuellement convenues d'établir cette communauté, & de la compoſer de toutes les choſes dont cette loi déclare qu'elle eſt compoſée. Lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées, la communauté eſt en ce cas appellée *légale*, parce que les parties s'en ſont, en ce cas, rapportées à la loi ſur la communauté qu'elles ont voulu établir, & ſur les choſes dont elles ont voulu qu'elle fût compoſée : mais ce n'eſt pas la loi *immediatè & per ſe*, qui y fait tomber en ce cas les choſes qui y tombent, c'eſt la convention tacite ou virtuelle, intervenue entre les parties, par laquelle elles ſont cenſées être convenues qu'elles y tomberaſſent, qui les y fait tomber. L'avantage que le ſecond mari reſſent de ce qu'il y eſt tombé de la part de ſa femme plus qu'il n'en eſt tombé de la ſienne, eſt donc un avantage qu'il tient de la convention tacite ou virtuelle qu'il eſt cenſé avoir eu avec ſa femme, & par conſéquent qu'il tient de ſa femme. Sa femme en ne ſe réſervant pas propre, comme elle le pouvoit, & en laiſſant tomber à deſſein dans la communauté ce qu'elle avoit de plus en mobilier que ſon ſecond mari, eſt cenſée lui avoir fait en cela le même avantage, que celui qui eſt fait dans le cas d'une communauté conventionnelle à un ſecond mari, lorſque la femme y apporte plus que lui; & il eſt également ſujet à la réduction de l'Edit.

Deniſart, ſur le mot *Noces*, rapporte un Arrêt du 29 Janvier 1658, qui a jugé ſuivant ces principes.

552. Lorſque le ſecond mari a un talent & une profeſſion lucrative qui a produit beaucoup à la communauté, eſt-il fondé à prétendre que ce qu'il apporte en talent, ſupplée à ce qu'il a apporté en biens de moins que la femme, & qu'en conſéquence ce que la femme a apporté en biens de plus que le ſecond mari, ne doit pas être cenſé un avantage fait à ce ſecond mari, lequel par ſon talent qu'il apporte à la communauté, fournit l'équivalent de ce que ſa femme a apporté, & même ſouvent plus ?

On peut dire en faveur de la prétention du ſecond mari, que ſelon les regles du contrat de ſociété, l'induſtrie que l'un des aſſociés apporte à une ſociété, lorſqu'elle eſt appréciable, peut être l'équivalent de ce que l'autre aſſo-

cié y a apporté de plus en biens : *ſocietas* ( univerſorum bonorum ) *coiri poteſt etiam inter eos qui non ſunt æquis facultatibus, cùm plerumque pauperior operâ ſuppleat, quantùm per comparationem patrimonii deeſt* ; L 5, §. 1, ff. *pro ſoc.* Il ſemble que ſuivant ce principe, une femme ne doit pas être cenſée avoir fait aucun avantage à ſon ſecond mari, en apportant une plus grande quantité de biens que lui à la communauté, lorſque l'induſtrie qu'il a apportée, ſupplée à ce qu'il y apporte de moins, & eſt un juſte équivalent de ce que la femme a apporté de plus. Je penſe que le principe, quoique vrai dans la théorie, ne doit pas ordinairement dans la pratique, être appliqué à l'eſpece de cette queſtion ; 1°. parce que l'eſtimation de cette induſtrie du ſecond mari, eſt quelque choſe de trop arbitraire & de trop difficile : 2°. parce que la femme apporte, de ſon côté, une eſpece d'induſtrie qui profite ſouvent plus à la communauté que l'induſtrie de ſon ſecond mari : c'eſt ſur elle que tombe tout le ſoin du ménage, pendant que le mari eſt occupé de ſon art ou de ſa profeſſion ; & ſouvent ce ſoin qu'une femme apporte à ſon ménage, enrichit plus la communauté, que les gains que fait dans l'exercice de ſon art ou de ſa profeſſion, le ſecond mari, qui très-ſouvent les dépenſe auſſi facilement qu'il les fait. L'induſtrie du ſecond mari étant donc compenſée avec celle de ſa femme, elle ne peut plus ſervir d'équivalent à ce que la femme a apporté en biens plus que lui.

Néanmoins ſi les gains que le ſecond mari a coutume de retirer annuellement de ſa profeſſion, étoient ſi immenſes, qu'ils montaſſent pour une ſeule année à une plus groſſe ſomme que celle que la femme a apportée de plus que lui, & que la communauté ſe ſoit trouvée conſidérablement enrichie de ces gains, les enfans auroient en ce cas mauvaiſe grace à oppoſer au ſecond mari, que leur mere auroit fait un apport à la communauté plus conſidérable que le ſien.

Le ſecond mari n'eſt cenſé avantagé que de ce que la femme a apporté de plus que lui en principal : ce que la femme apporte de plus en revenus, n'eſt pas réputé un avantage prohibé & réductible qu'elle faſſe à ſon ſecond mari ; c'eſt pourquoi, ſi une femme qui a, par exemple, dix mille livres de revenu, s'eſt remariée à un homme qui n'en a pas la dixieme partie, & a contracté avec lui communauté de biens, dans laquelle entreront ſes revenus pendant tout le temps qu'elle durera, Ricard décide qu'en ce cas, quoique le ſecond mari profite des revenus de la femme, néanmoins cette communauté n'eſt point réputée un avantage qui puiſſe être réductible, ſuivant l'Edit. Ricard cite pour ſon avis un Arrêt rapporté par Henris, *tom. 1, liv. 4, queſt. 57*, qui a jugé que même dans le pays de Droit écrit, où la communauté n'a pas lieu ſi elle n'eſt ſtipulée, la communauté qui avoit été ſtipulée par le contrat de mariage d'une femme avec ſon ſecond mari, ne pouvoit être attaquée comme un avantage fait au ſecond mari ; à plus forte raiſon, doit-on le juger dans le pays coutumier, où la communauté eſt de droit. L'avis de Ricard eſt ſuivi dans l'uſage.

553. Lorſqu'il eſt échu à une femme des ſucceſſions mobiliaires pendant ſa communauté avec ſon ſecond mari, la femme qui auroit pu, par une clauſe de ſon contrat de mariage, ſe réſerver propres ces ſucceſſions, &

qui ne l'a pas fait, eſt-elle cenſée, en ne le faiſant pas, avoir fait en cela à ſon ſecond mari un avantage ſujet à la réduction de l'Edit ? Il y a une grande différence entre ce défaut de réſerve des ſucceſſions mobiliaires, & le défaut de réſerve de ce qu'elle avoit lors de ſon mariage de plus en mobilier que le ſecond mari : ce qu'elle avoit alors de plus en mobilier que ſon ſecond mari, étoit quelque choſe de certain & de déterminé, dont par le défaut de réſerve de propre, elle ſe dépouilloit pour le mettre en communauté ; elle en avantage ſon ſecond mari, puiſqu'il acquiert à titre lucratif au moins une partie dans cet excédent de mobilier, ſans avoir de ſa part rien conféré à la place.

Il n'en eſt pas de même du défaut de réſerve des ſucceſſions : ce que la femme a manqué de ſe réſerver, en ne ſtipulant pas par le contrat de ſon ſecond mariage, que les ſucceſſions ſeroient propres, n'étoit pas, comme dans l'eſpece précédente, quelque choſe qu'elle eût alors, & dont elle ſe ſoit dépouillée pour en avantager ſon ſecond mari : ce n'étoit rien de certain ; cela ne conſiſtoit qu'en des eſpérances incertaines. Il étoit incertain alors ſi elle auroit des ſucceſſions mobiliaires pendant ſon mariage, & ſi elle en auroit plus que ſon mari qui en pouvoit avoir auſſi : elle ne doit donc pas être cenſée avoir, par le défaut de réſerve des ſucceſſions, voulu faire un avantage à ſon ſecond mari ; mais plutôt avoir laiſſé aller le cours naturel de la loi de la communauté conjugale, ſuivant laquelle tout le mobilier qui advient à chacun des conjoints pendant que cette communauté dure, y tombe.

Bretonnier, dans ſes Obſervations ſur Henrys, *tom.* 1, *liv.* 4, *queſt.* 58, rapporte un Arrêt du 25 Juin 1703, lequel, ſur un appel du Bailliage de Sens, a jugé conformément à ces principes, que les enfans d'un premier mariage n'étoient pas fondés à réputer pour avantage fait par leur mere à leur beau-pere, la part qu'il avoit eu dans le mobilier d'une ſucceſſion échue à leur mere durant le ſecond mariage.

Cela doit-il avoir lieu, même dans le cas auquel le ſecond mari n'auroit de ſa part aucunes ſucceſſions à eſpérer, *putà* s'il étoit bâtard ? Je penſe qu'il faudroit décider de même : s'il ne peut rien venir en ce cas au ſecond mari à titre de ſucceſſion, il peut lui venir quelque choſe à titre de donation ou de legs.

554. Mais ſi le ſecond mari avoit réſervé propres ſes ſucceſſions à venir, & que la femme n'eût pas réſervé les ſiennes, le défaut de réſerve, en ce cas, renfermant une inégalité affectée, devroit paſſer pour un avantage.

555. *Quid*, de la clauſe par laquelle on convient dans le contrat du ſecond mariage, que les ſucceſſions de part & d'autre tomberont en communauté, tant pour le mobilier que pour l'immobilier ? Les parties, en s'écartant par cette clauſe, de la loi de la communauté conjugale, qui ne fait pas tomber dans cette communauté les immeubles qui adviennent aux conjoints par ſucceſſion, ne peuvent pas paroître avoir d'autres vues que celle de s'avantager réciproquement. Chacun des conjoints, en convenant que les immeubles de ſucceſſion qui lui écheront, tomberont en communauté, a une volonté formelle de donner à l'autre une part dans leſdits immeubles ;

la part que le second mari a, en vertu de cette clause, dans les immeubles des successions échues à sa femme, est donc un avantage que lui a fait sa femme, lequel par conséquent est sujet à la réduction de l'Edit.

En vain opposeroit-il pour s'en défendre, que par cette clause sa femme ne lui a donné qu'une espérance à ces successions immobiliaires, à la place de laquelle il donnoit, de son côté, à sa femme pareille espérance aux immeubles des successions qui pouvoient pareillement lui écheoir. La réponse est que les donations, quoiqu'en espérance, lorsque l'espérance s'est effectuée, & quoique mutuelles & réciproques, étant sujettes à la réduction de l'Edit, comme nous l'avons vu *suprà*, à l'égard des donations mutuelles & du préciput; pour que l'avantage qu'a eu le second mari dans les immeubles des successions échues, soit un avantage sujet à la réduction de l'Edit, il suffit que par l'évenement l'espérance se soit effectuée; il suffit que par l'événement il soit échu à sa femme des successions d'immeubles dans lesquelles il ait pris part, & qu'il ne lui en soit échu à lui aucunes, ou que dans celles qui lui seroient échues, sa femme ne trouve pas l'équivalent de la part qu'il trouve dans les immeubles des successions échues à sa femme.

556. La convention par laquelle on a fixé à une certaine somme la part qu'une seconde femme auroit eu dans la communauté, est-elle censée renfermer un avantage sujet à la réduction de l'Edit, lorsque cette somme excede ce qu'elle auroit eu de net pour sa part en la communauté? On dira pour la négative que cette convention est un contrat aléatoire, plutôt qu'elle ne contient un avantage: la seconde femme achete ce qu'elle reçoit de plus que la moitié des biens de la communauté, par le risque qu'elle a couru de recevoir beaucoup moins que la moitié de la communauté, si elle eût prospéré autant comme on l'espéroit. Nonobstant ces raisons, je pense que cette somme pour ce dont elle excede le montant de la moitié des biens de la communauté, est un avantage sujet à la réduction de l'Edit; autrement on auroit une voie ouverte d'avantager une seconde femme, en fraude de l'Edit, en fixant le forfait de sa part en la communauté, à une somme beaucoup plus forte qu'il n'est vraisemblable que doive monter sa part lors de la dissolution de la communauté; & si on laissoit à l'arbitrage du Juge à juger de cette vraisemblance, ce seroit donner lieu à des procès qu'on retranche en suivant notre décision.

Observez que pour que la somme à laquelle on a fixé la part de la seconde femme en la communauté, soit réputée avantage pour ce dont elle excede la moitié du montant des biens de la communauté lors de sa dissolution, il faut qu'elle excede pareillement ce que la seconde femme a apporté à la communauté; car ce n'est pas avantage, lorsqu'elle ne retire que ce qu'elle y a mis.

557. Quoique le douaire qu'un homme accorde à une seconde femme, soit une convention matrimoniale, plutôt qu'une donation, néanmoins lorsqu'il excede la valeur du douaire coutumier, il est, jusqu'à concurrence de cet excédent, réputé un avantage fait par l'homme à sa seconde femme, sujet à la réduction de l'Edit. Mais jusqu'à concurrence de la valeur du douaire coutumier, le douaire qu'un mari accorde à sa seconde femme,

n'eſt pas ſujet à la réduction de l'Edit, n'étant pas, juſqu'à cette concurrence, réputé un avantage. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt ſolemnel du 18 Juillet 1615, rendu *conſultis claſſibus*, & encore depuis par un du 10 Juillet 1656. Ces Arrêts ſont rapportés par Ricard. La raiſon eſt, que nos Coutumes accordent à toutes les femmes, aux ſecondes, troiſiemes & quatriemes, *&c.* auſſi-bien qu'aux premieres, un douaire dans les biens de leur mari, lorſque le mari ne leur en a pas accordé un par le contrat de mariage : on appelle ce douaire que la loi leur accorde, le douaire coutumier ; elles le tiennent de la loi, qui le leur accorde *immediatè & per ſe ;* elles le tiennent *ex beneficio legis, & non ex beneficio hominis.* Le mari, en donnant un douaire conventionnel à ſa femme, tant que ce douaire n'excede pas le coutumier, n'eſt pas cenſé lui faire un don, mais lui donner un équivalent de ce que la loi lui donne : elle le tient donc juſqu'à cette concurrence, *magis ex beneficio legis quàm ex beneficio hominis.* Lorſque le douaire conventionnel eſt beaucoup au-deſſous du coutumier, bien-loin qu'en ce cas le mari lui faſſe un don, c'eſt au contraire, la femme qui, en ſe reſtreignant à ce douaire, veut bien faire remiſe de ce que la loi lui donnoit de plus à titre de douaire.

558. Si le douaire conventionnel, juſqu'à concurrence du douaire coutumier, n'eſt pas réputé un avantage fait à la femme par ſon mari, & n'eſt pas ſujet à la réduction de l'Edit, à plus forte raiſon le doit-on dire du douaire coutumier, lorſqu'il n'y a, par le contrat de mariage, aucun douaire conventionnel.

Ricard a une opinion ſinguliere : il prétend que ce n'eſt que dans le cas où la ſeconde femme eſt d'une condition & de facultés à-peu-près égales à la condition & aux facultés du mari, que le douaire coutumier n'eſt pas réputé un avantage fait à la femme par ſon mari, & n'eſt aucunement ſujet à la réduction de l'Edit : mais lorſqu'elle eſt d'une condition & de facultés beaucoup inférieures à celles de ſon mari, il dit qu'en ce cas, lorſqu'il n'y a pas de douaire conventionnel, on doit eſtimer à quoi peut monter un douaire convenable à la condition & aux facultés de cette femme, & que ſon douaire coutumier, en tant & juſqu'à concurrence de ce qu'il excede cette eſtimation, doit être, pour être excédent, réputé un avantage ſujet à la réduction de l'Edit. Le mari, dit Ricard, qui pouvoit avec juſtice, par le traité de mariage, reſtreindre le douaire de ſa femme à la ſomme portée par cette eſtimation, eſt cenſé lui avoir fait un avantage de ce que le douaire coutumier vaut de plus, en tant que pouvant le reſtreindre & le diminuer, il ne l'a pas fait ; *in tantùm ei donaſſe videtur, in quantùm cùm admire poſſet, non ademit.* Je crois cette opinion de Ricard, contraire aux principes : les loix coutumieres ne reglent pas le douaire ni ſur l'état de la femme avant ſon mariage, ni ſur les biens qu'elle a apportés à ſon mari : quoiqu'elle fût avant ſon mariage, d'un état beaucoup inférieur à celui de ſon mari, elle devient, par ſon mariage, d'un état égal à celui de ſon mari, & par conſéquent ſon douaire doit ſe régler, non eu égard à l'état qu'elle avoit avant le mariage, mais eu égard à celui de ſon mari.

Le peu de biens qu'elle a apportés à ſon mari, n'eſt pas non plus une

raiſon pour diminuer ſon douaire ; bien-loin de cela, le douaire étant accordé aux femmes pour ſoutenir, après la mort de leur mari, l'état de leur mari, moins elles ont de leur propre, plus elles ont beſoin du douaire que la loi leur accorde pour cela. L'opinion de Ricard, outre qu'elle eſt mal-fondée, a un autre inconvénient, qui eſt qu'elle ouvre la porte aux procès, en laiſſant à la diſcrétion des Juges à eſtimer, ſuivant les différentes circonſtances, juſqu'à quelle concurrence le douaire doit être cenſé avantage ſujet à la réduction de l'Edit ; au lieu qu'on retranche les procès en décidant ces queſtions par des principes généraux.

559. La ſomme promiſe par le contrat de mariage à une ſeconde femme pour ſon deuil, n'eſt un avantage qu'autant qu'elle excede celle qui lui eſt due eu égard à l'état & aux facultés de ſon mari : il n'y a que cet excédent qui ſoit un avantage ſujet à la réduction de l'Edit.

## ARTICLE III.

*En quel cas y a-t-il lieu à la réduction de l'Edit ; & à quelle part d'enfant ſont réductibles les donations faites aux ſeconds & ultérieurs maris, ou aux ſecondes femmes.*

560. Pour qu'il puiſſe y avoir lieu à la réduction de l'Edit, il faut, 1°. que la femme ou l'homme qui a convolé en ſecondes ou ultérieures noces, ait eu quelqu'enfant de quelqu'un de ſes précédens mariages ; car ce n'eſt qu'à ces perſonnes que la défenſe de l'Edit eſt faite, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *art.* 1, §. 1.

Il faut, 2°. que quelqu'un deſdits enfans lui ait ſurvécu ; car la loi n'ayant été faite qu'en leur faveur, elle ceſſe, s'il ne s'en trouve aucun au temps auquel la loi devoit avoir ſon effet, & venir à leur ſecours ; mais lorſque quelqu'un deſdits enfans lui a ſurvécu, il n'eſt pas néceſſaire qu'il ſoit ſon héritier ; il ſuffit qu'il ſoit capable de venir à ſa ſucceſſion.

Enfin il faut, en troiſieme lieu, que ce qui a été donné aux perſonnes prohibées par l'Edit, ſur leſquelles ( voyez *ſuprà l'art.* 1, §. 2, ) excede la part qu'a eu ou avoit droit d'avoir dans les biens de la donatrice ou du donateur, celui de tous ſes enfans, de quelque mariage que ce ſoit, qui a eu la moindre part.

C'eſt ce qui eſt porté par ces termes de l'Edit : » Ne peuvent..... donner..... plus qu'à un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans ; & s'il ſe » trouve diviſion inégale de leurs biens, faite entre leurs enfans ou enfans de » leurs enfans, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, ſeront » réduites & meſurées à raiſon de celui des enfans qui en aura le moins.

Par exemple, ſi une femme qui avoit des enfans d'un premier mariage, a convolé en ſecondes noces, & a donné quelque choſe à ſon ſecond mari, & que par teſtament elle ait fait ſes enfans légataires univerſels, à l'exception d'un, ſoit du premier, ſoit du ſecond mariage, à qui elle n'a laiſſé que ſa légitime ; ſi la donation faite au ſecond mari, excede cette légitime, qui eſt la part de celui de tous les enfans qui a la moindre part dans les biens

de ſa mere, il y aura lieu à la réduction de l'Edit, & la donation faite au ſecond mari, devra être réduite à la ſomme à laquelle monte cette légitime.

561. La part de l'enfant le moins prenant, à laquelle eſt réductible la donation faite au ſecond mari, eſt la part que cet enfant le moins prenant a droit d'avoir dans les biens de la donatrice, & non pas celle dont il veut bien ſe contenter, quoique moindre que celle qu'il a droit d'avoir. Par exemple, ſi dans l'eſpece ci-deſſus propoſée, une femme avoit fait ſes enfans ſes légataires univerſels, à l'exception d'un, à qui elle auroit laiſſé une ſomme ou une choſe qui fût au-deſſous de ſa légitime; quoique cet enfant ait bien voulu s'en contenter, & ſe ſoit tenu au don ou legs qui lui a été fait, ſans prétendre aucun ſupplément de légitime, la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la valeur du don ou legs dont cet enfant a bien voulu ſe contenter; mais elle doit ſubſiſter juſqu'à la concurrence de la légitime que cet enfant avoit droit de prétendre.

Ricard nous atteſte que c'eſt la Juriſprudence du Parlement. Ces termes de l'Edit, *les donations ſeront meſurées à raiſon de celui des enfans qui en aura le moins*, ne ſont point contraires à cette déciſion; celui des enfans qui a le moins, a véritablement dans les biens de ſa mere, non-ſeulement ce que ſa mere lui a laiſſé, mais le droit de prendre dans les biens de ſa mere ce qui manque à ſa légitime, lorſqu'il n'en eſt pas rempli. Ce droit fait partie de ſa part dans les biens de ſa mere, & il ne doit pas être en ſon pouvoir, en y renonçant par colluſion avec ſes freres & ſœurs, de donner atteinte à la donation faite au ſecond mari, qui doit être meſurée ſur tout ce qui compoſe ou peut compoſer cette part.

562. Lorſqu'une fille, par ſon contrat de mariage, au moyen d'une dot qu'elle a reçue beaucoup moindre que n'eût été ſa légitime, a renoncé à la ſucceſſion de ſa mere, en faveur de ſes freres, la donation faite au ſecond mari doit-elle être réduite à la dot que cette fille a reçue? La raiſon de douter eſt, qu'en ce cas cette fille, par la clauſe de ſon contrat de mariage, étant reſtreinte à la dot qu'elle a reçue, & ne pouvant rien prétendre davantage, même à titre de légitime, dans les biens de ſa mere, la dot qu'elle a reçue eſt toute ſa part dans les biens de ſa mere, la donation faite au ſecond mari devant être réduite à la part de l'enfant qui a le moins dans les biens de la donatrice, elle doit être réduite à la dot de cette fille, qui eſt la part entiere qu'elle a des biens de ſa mere.

Nonobſtant ce raiſonnement, Ricard décide que la donation faite au ſecond mari, ne doit pas être réduite à cette dot; la part de l'enfant qui aura le moins, à laquelle l'Edit veut que la donation faite au ſecond mari, ſoit réduite, ne doit s'entendre que de celle d'un enfant, ou qui vient à la ſucceſſion de ſa mere, ou qui avoit droit d'y venir, quoiqu'il y renonce; & non d'un enfant qui, par ſon contrat de mariage, s'eſt exclus de pouvoir venir à la ſucceſſion, & de pouvoir y prendre part: on ne peut pas dire que la dot que cette fille a reçue, ſoit ſa part dans les biens de la ſucceſſion de ſa mere; elle n'y a plus de part, en ayant fait une eſpece de tranſport à ſes freres, en faveur deſquels elle a renoncé à ſa ſucceſſion.

563.

563. Par la même raiſon, lorſque la femme, qui a fait une donation à ſon ſecond mari, a exhérédé un enfant pour une juſte cauſe, & lui a néanmoins fait un legs modique pour ſes alimens, la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la ſomme à laquelle monte le legs fait à cet enfant; car ce legs n'eſt pas une part que cet enfant prend dans les biens de la ſucceſſion de ſa mere, cet enfant n'ayant aucune part à prendre dans une ſucceſſion dont l'exhérédation l'a exclus.

564. Lorſque la ſucceſſion de la femme ſe partage par ſouches entre ſes petits-enfans de différentes ſouches, la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfans a dans la ſubdiviſion du lot échu à ſa ſouche; mais elle doit ſe meſurer ſur la part échue à celle des ſouches qui y a la moindre part. Par exemple, ſuppoſons qu'une femme a eu trois enfans qui ſont tous prédécédés, & ont laiſſé chacun des petits-enfans: ſuppoſons encore que dans le partage qui eſt à faire de ſa ſucceſſion, la part de la ſouche aînée monte à 40000 livres, & celle de chacune des ſouches cadettes à 30000 livres, & que la part de l'une des ſouches cadettes eſt ſubdiviſée également entre dix petits-enfans, dont elle eſt compoſée, qui y ont chacun 3000 livres pour leur dixieme portion; dans cette ſuppoſition, la donation faite au ſecond mari ne doit pas être réduite à la ſomme de 3000 livres, montant de la part d'un enfant de l'une des ſouches. La raiſon eſt évidente: la ſucceſſion eſt déférée & *partagée* par ſouches; donc c'eſt chacune des ſouches, & non chacun des petits-enfans qui prend *une part* dans le partage de la ſucceſſion; donc c'eſt à la part qu'a dans ce partage l'une des ſouches qui y a la moindre part, que doit ſe meſurer la donation faite au ſecond mari.

565. Au contraire, lorſque la femme n'a laiſſé que des petits-enfans d'une même ſouche, qui viennent à ſa ſucceſſion, la ſucceſſion ne ſe partageant pas en ce cas par ſouches, mais par perſonnes, la donation faite au ſecond mari eſt en ce cas réductible à la part qu'aura dans la ſucceſſion celui des petits-enfans qui aura la moindre part. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt de 1651, rapporté par Brodeau ſur Louet, *let.* N, *n.* 3, & par Ricard. Néanmoins ce dernier prétend que la queſtion avoit ſouffert quelque difficulté; & il cite un Arrêt du Parlement de Toulouſe, qui a jugé, au contraire, que la donation faite au ſecond mari ne devoit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfans avoit dans la ſucceſſion, mais qu'elle devoit ſe meſurer à ce que ſes petits-enfans y avoient tous enſemble, parce qu'ils n'y venoient tous enſemble, qu'au lieu de leur pere, fils de la défunte. Cette raiſon que Ricard fait ſervir de fondement à cet Arrêt, ne me paroît pas bonne: il eſt faux que les petits-enfans viennent en ce cas *au lieu de leur pere*; ce n'eſt que dans les cas auxquels la loi établit la fiction de la repréſentation, qu'ils viennent *au lieu de leur pere* qu'ils repréſentent; mais dans ce cas-ci, où il n'y a pas lieu à la fiction de la repréſentation, ces petits-enfans viennent de leur chef; ils ne repréſentent pas leur pere: on ne peut donc pas dire qu'ils viennent *au lieu* de leur pere; car venir *au lieu* de quelqu'un, c'eſt le repréſenter.

566. Lorſqu'une femme ayant des enfans d'un précédent mariage, a paſſé

ſucceſſivement à différens mariages, & qu'elle a fait des donations à ſes ſecond, troiſieme & quatrieme maris, il n'eſt pas néceſſaire, pour qu'il y ait lieu à la réduction de l'Edit, que la donation faite à l'un deſdits maris, excede la part de l'enfant le moins prenant; il ſuffit que toutes ces donations excedent enſemble cette part; car l'Edit ne dit pas: » Ne peuvent donner à » *chacun* de leurs nouveaux maris «; mais il dit: » Ne peuvent donner à » *leurs nouveaux maris* plus qu'à un de leurs enfans «: ce qui ſignifie qu'elles ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorſqu'elles en ont eu pluſieurs, plus que l'équivalent de la part de l'enfant le moins prenant: c'eſt pourquoi, ſi une femme avoit donné à ſon ſecond mari quelque choſe qui équivalût à cette part, les donations faites aux autres ſeroient entiérement nulles; ayant donné au ſecond tout ce que la loi lui permettoit de donner à ſes nouveaux maris, il ne lui reſtoit plus rien à donner aux autres, &c. *Ricard.*

## ARTICLE IV.

### *Quels enfans peuvent demander le retranchement ordonné par l'Edit.*

567. Quoique ce ne ſoit qu'en faveur des enfans des précédens mariages, que l'Edit a ordonné la réduction des donations faites à des ſecond ou ultérieurs maris, ou à des ſeconde ou ultérieures femmes, & qu'en conſéquence, s'ils ſont tous prédécédés ſans poſtérité, il n'y ait pas lieu à l'Edit, comme nous l'avons vu en l'article précédent; néanmoins, lorſque quelqu'un des enfans ou petits-enfans des précédens mariages, a ſurvécu, & qu'il y a eu lieu à la réduction de l'Edit; ce qui doit être retranché des donations faites aux ſeconds maris ou aux ſecondes femmes, doit appartenir non-ſeulement aux enfans des précédens mariages, en faveur deſquels la loi a ordonné ce retranchement, mais indiſtinctement à tous les enfans de la donatrice ou du donateur, de quelque mariage qu'ils ſoient nés, auſſi-bien à ceux des ſeconds & ultérieurs mariages, comme à ceux du premier mariage.

C'eſt la Juriſprudence des Provinces du Royaume qui ne ſont pas régies par le Droit écrit: elle a ſuivi en cela la diſpoſition de la loi *Quoniam*, *Cod. de ſec. nupt.* préférablement à la Novelle 22, *chap.* 27, qui l'avoit abrogée. Cette Juriſprudence qui nous eſt atteſtée par Ricard & par tous les autres Auteurs, eſt fondée en une très-grande équité; les biens qui ſont retranchés de la donation faite au ſecond mari, étant les biens de la mere commune, tous les enfans, de quelque mariage qu'ils ſoient nés, étant autant à leur mere les uns comme les autres, ils y doivent avoir un droit égal.

De-là il ſuit que le droit de faire réduire la donation faite au ſecond mari, que les enfans du ſecond mariage n'auroient pu avoir, s'ils euſſent été ſeuls, & qu'aucun de ceux du premier lit n'eût ſurvécu, eſt ouvert à leur profit, lors de la mort de leur mere, par la ſurvie de quelqu'un des enfans, comme il l'eſt au profit de ceux du premier lit: *Nec eſt novum in jure ut quod quis ex perſonâ ſuâ non haberet, ex perſonâ alterius habeat; ut in* L. 3, §. 11, *verſ. Plane*, ff. *de bon. poſſ. cont. tab.*

De-là ſuit que quand même les enfans du premier mariage négligeroient ce droit, & en feroient remiſe à leur beau-pere, les enfans du ſecond mariage n'auroient pas moins action contre leur pere, pour demander leur part dans ce qui a été ou doit être retranché de la donation; car les enfans du premier mariage, en remettant leurs droits, ne peuvent remettre que la part qui leur appartient dans ce retranchement, & non celles qui appartiennent aux enfans du ſecond; *Facit.* L. 10, §. 6, ff. *d. t.*

568. Pour que les enfans, ſoit du premier, ſoit des autres mariages, puiſſent demander la réduction, il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere, qui a fait la donation; car leur mere ayant, par la donation qu'elle a faite à ſon ſecond mari, mis hors de ſes biens tout ce qui eſt compris dans la donation; tout ce qui y eſt compris ne faiſant plus partie de ſes biens, lors de ſa mort, ne ſe trouve pas dans ſa ſucceſſion. Il n'eſt donc pas néceſſaire qu'ils viennent à ſa ſucceſſion pour avoir ce qui doit être retranché de la donation; ce n'eſt pas de la loi des ſucceſſions, mais ſeulement de l'Edit des ſecondes noces, qu'ils tiennent ce retranchement: c'eſt pourquoi, ſoit que tous les enfans renoncent à la ſucceſſion, ſoit qu'il y en ait qui l'acceptent, & d'autres qui y renoncent, ils ſont tous admis à partager ce retranchement. C'eſt ce qu'enſeigne Ricard, *n°.* 1301 *& ſuiv.* qui cite un Arrêt du 4 Juillet 1606, qui a jugé ſuivant ſon opinion. Renuſſon, *Tr. de la Commun. pag.* 4, *chap.* 3, *n°.* 80, enſeigne la même choſe.

On oppoſera peut-être que la donation faite au ſecond mari eſt nulle, juſqu'à concurrence de ce qui en doit être retranché, la femme n'ayant pu valablement donner à ſon ſecond mari plus que l'Edit ne lui permettoit. Mais, dira-t-on, ſi la donation eſt nulle juſqu'à concurrence de ce qui doit en être retranché, une donation nulle ne pouvant pas transférer la propriéte, la propriété de ce qui doit être retranché n'a pas été transférée au ſecond mari; il eſt reſté dans les biens de la mere, & il ſe trouve par conſéquent dans ſa ſucceſſion; il faut donc venir à ſa ſucceſſion & être héritier, pour l'y recueillir & le partager.

Je réponds que la nullité de la donation faite au ſecond mari, pour ce qui en doit être retranché, n'eſt pas une nullité abſolue qui ait empêché la tranſlation de propriété: cette nullité n'eſt qu'une nullité relative, qui n'eſt établie qu'en faveur des enfans; la propriété de tout ce qui eſt compris en la donation, a été tranférée au ſecond mari; l'Edit donne ſeulement aux enfans une action révocatoire pour faire retrancher de la donation ce que leur mere a donné de plus que l'Edit ne lui permettoit.

569. Quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire de venir à la ſucceſſion pour avoir part au retranchement, & que ce ne ſoit pas à titre d'héritiers que les enfans prennent ce retranchement, mais en leur ſeule qualité d'enfans, néanmoins les enfans exhérédés n'y ſont pas admis, car les cauſes qui les rendent indignes des biens de la ſucceſſion de leur mere, les rendent pareillement indignes de ceux-ci. Lorſqu'un enfant eſt exhérédé par ſon pere ou par ſa mere, il eſt exclus de tous les titres auxquels la loi l'eût appellé aux biens de ſon pere ou de ſa mere; ce n'eſt pas ſeulement à titre d'héritier qu'il n'y

peut rien prétendre, il n'y peut rien prétendre à titre de douairier : par la même raiſon, il n'y peut rien prétendre en vertu de l'Edit des ſecondes noces.

570. Il y a plus de difficulté à l'égard des filles qui, dans certaines Coutumes, ſont, par leur mariage & la dot qu'elles ont reçue, *ne ſût-ce qu'un chapel de roſes*, exclues des ſucceſſions de leurs pere & mere qui les ont dotées; & pareillement à l'égard de celles qui, par leur contrat de mariage, ont renoncé à la ſucceſſion en faveur de leurs freres. Ricard, *n.* 1305 *& ſuiv.* décide qu'ils ne doivent pas être admis à partager le retranchement ordonné par l'Edit en faveur des enfans; & il établit comme principe général, que quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire, pour y être admis, de venir à la ſucceſſion, il faut au moins être capable d'y venir. Sa raiſon eſt que l'Edit étant fait pour réparer en partie le préjudice que les enfans ſouffrent de la donation faite au ſecond mari, il n'y a que ceux qui ſouffrent préjudice de cette donation, qui doivent avoir part à ce retranchement qui en eſt la réparation; or il n'y a que les enfans qui avoient droit de venir à la ſucceſſion, qui ſouffrent de cette donation : donc il n'y a qu'eux qui doivent être admis à partager ce retranchement; & tous ceux qui n'ont pas droit de venir à la ſucceſſion, n'y doivent pas être admis. Il appuie ſa déciſion par l'exemple du douaire; toutes ces perſonnes qui ſont exclues de la ſucceſſion de leur pere, ne peuvent rien prétendre à titre de douaire dans ſes biens; pourquoi pourroient-ils prétendre, en vertu de l'Edit des ſecondes noces, prendre part dans les biens retranchés de la donation faite par leur pere à une ſeconde femme?

571. Il reſte à obſerver qu'un enfant qui, en majorité, du vivant de ſa mere, auroit approuvé la donation faite par ſa mere à un ſecond mari, & ſe ſeroit expreſſément obligé à n'y donner jamais aucune atteinte, même dans le cas auquel elle ſe trouveroit excéder ce que l'Edit permet de donner, ne laiſſeroit pas, nonobſtant cette approbation, d'être, après la mort de ſa mere, recevable à demander le retranchement de ce que cette donation contient de plus qu'il n'étoit permis à la donatrice de donner; & ſi le ſecond mari lui oppoſoit l'approbation qu'il lui avoit donnée, l'enfant répliqueroit que cette approbation eſt préſumée avoir été extorquée de lui par ſa mere, en fraude de l'Edit, & ne doit par conſéquent être d'aucun effet. Je penſe pourtant qu'il faudroit que l'enfant ſe pourvût par lettres de reſciſion.

Mais ſi l'approbation n'a été donnée que depuis la mort de la mere, elle eſt valable; il eſt permis à un chacun de renoncer à ſon droit.

## ARTICLE V.

### *Quelles actions ont les enfans pour demander le retranchement ordonné par l'Edit; & comment y procede-t-on.*

572. La femme qui a des enfans d'un précédent mariage, transfere à ſon ſecond ou autre ſubſéquent mari la propriété de toutes les choſes à elle

appartenantes qu'elle lui donne ; mais ne la transfere, & ne peut la transférer qu'à la charge du retranchement que fera l'Edit lors de la mort de la femme, de ce dont la donation ſe trouvera lors excéder la part de l'un de ſes enfans qui aura la moindre part dans les biens de ſa ſucceſſion.

Le ſecond ou autre ſubſéquent mari, en recevant à cette charge les biens compris dans la donation, contracte l'obligation de rendre aux enfans cet excédent, dont l'Edit ordonne le retranchement, s'il s'en trouve lors de la mort de la donatrice.

573. C'eſt la loi qui forme cette obligation; & de cette obligation naît aux enfans envers qui elle eſt contractée, une action qu'on peut appeller *conditio ex lege*, pour ſe faire rendre cet excédent.

Cette action eſt perſonnelle réelle, & peut être intentée contre les tiers détenteurs des biens-immeubles compris dans la donation, dans le cas auquel le ſecond mari les auroit aliénés, ſoit pour le total, ſoit pour partie ; car le ſecond mari n'ayant acquis la propriété de ces biens que ſous la charge du retranchement ordonné par l'Edit, s'il ſe trouve y devoir avoir lieu lors de la mort de la donatrice, leſdits biens ſe trouvent affectés à cette charge & à l'exécution de l'obligation qu'il a contractée par rapport à cette charge; en conſéquence, ſuivant le principe qu'on ne peut transférer à d'autres plus de droit dans une choſe qu'on n'y en a; *nemo plus juris in alium transferre poteſt, quàm ipſe habet;* L. 54, ff. *de reg. jur.* le ſecond mari, qui n'a le droit de propriété des immeubles compris dans la donation, qu'à la charge du retranchement ordonné par l'Edit, ne peut le transférer qu'à cette charge à ceux qui les acquierent de lui ; ces biens ne peuvent paſſer qu'avec cette charge & avec cette affectation à tous ceux à qui ils paſſent, leſquels par conſéquent en leur qualité de détenteurs deſdits biens, ſont tenus de l'action qu'ont les enfans pour l'exécution de cette charge.

574. On peut auſſi donner aux enfans pour la révendication de la portion qui doit être retranchée à leur profit, une action reſciſoire *utilis in rem* ; car lorſque la donation, lors de la mort de la donatrice, ſe trouve excéder la part d'un enfant le moins prenant dans les biens de ſa ſucceſſion, cette donation eſt *poteſtate legis* reſcindée, juſqu'à concurrence de cet excédent, au profit des enfans; en conſéquence, la loi dépouille le ſecond mari de la propriété des choſes données juſqu'à concurrence de cet excédent, & l'attribue aux enfans.

J'ai appellé cette action *utilis*, car ſelon la ſubtilité des principes de Droit, le domaine des choſes ne paſſant d'une perſonne à une autre que par la tradition & la poſſeſſion, quoique la donation faite au ſecond mari ſoit reſcindée par la puiſſance de la loi, juſqu'à concurrence de ce qu'elle excede la part de l'enfant le moins prenant, le ſecond mari, tant qu'il demeure en poſſeſſion de tous les biens, continue d'être, *ſecundùm ſubtilitatem juris*, le propriétaire de cet excédent, quoique *jam ſine cauſa & titulo* ; & pour que les enfans, *ſecundùm civilem rationem*, deviennent propriétaires en ſa place de cet excédent, il faut que le ſecond mari en ſoit dépouillé, & que les enfans en ſoient ſaiſis ; les enfans ne peuvent donc, *ſecundùm ſubtilitatem juris*, pourſuivre la reſtitution de la portion qui doit être retran-

chée à leur profit, que par la voie d'une action personnelle, telle que l'action *condictio ex lege* dont nous avons parlé, ou par celle qu'on appelle *condictio sine causa*. Mais en négligeant la subtilité, pour ne s'attacher qu'à remplir les vues de l'Edit, aussi-tôt qu'il y a lieu au retranchement ordonné par l'Edit, on peut regarder les enfans comme devenus déja propriétaires de la portion dans les biens donnés, que l'Edit veut être retranchée à leur profit, & leur donner en conséquence l'action *utilis in rem*, pour la révendiquer.

Il n'importe, au reste, que l'action qu'ont les enfans pour faire retrancher, à leur profit, de la donation faite au second mari, ce qu'il y a d'excessif, soit une action personnelle réelle, *condictio ex lege*, ou une action *utilis in rem*; l'une & l'autre ont le même effet; & dans notre Pratique Françoise, on fait peu d'attention aux noms des actions.

575. Cette action, quelle qu'elle soit, est ouverte par la mort de la femme qui a fait la donation à son second mari, ou par la mort de l'homme qui a fait la donation à sa seconde femme.

Pour juger si elle procede & s'il y a lieu au retranchement de la donation, & jusqu'à quelle concurrence, il faut liquider la succession de la mere; faire une estimation de tous les biens-meubles & immeubles dont elle est composée; & liquider à quelle somme monte la part de l'enfant qui y prend le moins, laquelle doit servir de mesure à la donation faite au second mari.

Cette estimation doit se faire avec le second mari, qui a intérêt que les biens de cette succession ne soient pas estimés au-dessous de leur juste valeur; ce qui préjudicieroit à sa donation, & la diminueroit plus qu'elle ne doit l'être, puisqu'elle se mesure sur la valeur de la part de l'enfant le moins prenant dans cette succession. C'est pourquoi, si l'estimation avoit été faite sans lui, il seroit bien fondé à demander une nouvelle estimation.

On doit ensuite estimer les biens dont est composée la donation faite au second mari, qu'on prétend sujette à reduction, pour juger si cette donation excede le montant de la valeur de la part de l'enfant qui a la moindre part dans la succession.

576. Ces estimations se font, eu égard à la valeur des choses, au temps de l'ouverture de la succession; bien-entendu, pourvu que ce ne soit pas par la faute du second mari donataire, qu'elles ont été détériorées. Par exemple, si la femme avoit donné entre-vifs à son second mari un héritage, & que depuis la donation, la plus grande partie des terres qui en dépendent, ait été ensablée par une inondation, ce qui en a considérablement diminué la valeur; pour juger si & de combien la donation excede la part d'enfant, & si & pour combien il y a lieu à la réduction, cet héritage ne sera pas estimé eu égard à ce qu'il valoit lors de la donation qui en a été faite au second mari, mais eu égard à ce qu'il vaut lors de la mort de la femme.

La raison est, que le droit que l'Edit donne aux enfans, est une réparation d'une partie du préjudice que la donation faite au second mari, leur cause dans la succession de leur mere. L'Edit ne permet pas que la do-

nation leur préjudicie au-delà de la valeur de la part d'un enfant le moins prenant dans la ſucceſſion. Le préjudice que cauſe la donation aux enfans dans la ſucceſſion de leur mere, conſiſte en ce que les héritages compris dans la donation, ne ſe trouvent pas dans la ſucceſſion de leur mere, au-lieu qu'ils s'y trouveroient, s'ils n'avoient pas été donnés; la valeur de ce préjudice conſiſte donc dans la valeur de ces héritages au temps de cette ſucceſſion, qui auroient augmenté d'autant la ſucceſſion, & non dans la valeur qu'ils avoient au temps de la donation; l'eſtimation doit donc s'en faire eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la ſucceſſion.

Par exemple, ſuppoſons qu'au temps de la donation, l'héritage donné au ſecond mari, eût été de la valeur de trente mille livres; que par l'accident de l'enſablement, il ſe trouve réduit à la valeur de huit mille livres: il eſt évident que la donation n'a pas cauſé aux enfans un préjudice de trente mille livres, mais ſeulement un préjudice de huit mille livres; car, quand même la donation n'auroit pas été faite, l'accident de l'enſablement des terres n'en ſeroit pas moins arrivé; l'héritage n'en auroit pas été moins réduit à la valeur de huit mille livres; la ſucceſſion ne ſe trouve donc privée, par la donation, que de huit mille livres.

Si c'étoit par la faute du donataire, que l'héritage eût été dégradé, il ne devroit pas être eſtimé eu égard ſeulement à l'état de dégradation, lors de l'ouverture de la ſucceſſion de la donatrice; mais eu égard à ce qu'il vaudroit, ſi les dégradations n'avoient pas été faites. Par exemple, ſi l'héritage qui a été donné au ſecond mari, lequel, par les dégradations, n'eſt que de la valeur de huit mille livres, eût été, ſans leſdites dégradations, de valeur de quinze mille livres, il doit être eſtimé cette ſomme de quinze livres; car ſi la donation n'avoit pas été faite, on doit préſumer que la donatrice eût conſervé en bon état ſon héritage, & que cet héritage ſe ſeroit trouvé être dans la ſucceſſion, de valeur de quinze mille livres; la donation a donc fait en ce cas aux enfans un préjudice de quinze mille livres dans la ſucceſſion.

577. *Vice verſâ*, lorſque l'héritage donné au ſecond mari, a augmenté de de valeur, il doit être eſtimé, non eu égard à ce qu'il valoit au temps de la donation, mais eu égard à ce qu'il vaut au temps de la ſucceſſion. Par exemple, ſi une femme a donné à ſon ſecond mari une maiſon dans une petite ville, qui ne valoit que trois mille livres, lors de la donation, laquelle, au moyen des manufactures qui s'y ſont établies & qui y ont fait augmenter les loyers de maiſon ſe trouve être de valeur de cinq mille livres au temps de la mort de la donatrice, cette maiſon doit être eſtimée cinq mille livres; car la donation fait aux enfans un préjudice de cinq mille livres dans la ſucceſſion de leur mere; puiſque ſi elle n'eût pas été faite, cette maiſon ſe trouveroit dans la ſucceſſion, & les enfans trouveroient dans la ſucceſſion une valeur de cinq mille livres de plus qu'ils ne trouvent.

578. Lorſque c'eſt par des impenſes utiles que le donataire a faites ſur l'héritage, que le prix s'en trouve augmenté, lors de la mort de la donatrice, l'héritage ne doit être eſtimé que ce qu'il vaudroit, ſi ces impenſes n'euſſent pas été faites, & qu'il eût été laiſſé au même état auquel il étoit lors de la

donation ; car ſi la donation n'avoit pas été faite, il ſe ſeroit trouvé dans cet ancien état dans la ſucceſſion, & la ſucceſſion n'eût été augmentée que de la valeur qu'il auroit eu étant dans cet ancien état ; la donation ne fait donc préjudice que de cette valeur.

579. Lorſque ce ſont des impenſes néceſſaires qui ont été faites par le ſecond mari ſur l'héritage, il ne doit être eſtimé que ſous la déduction deſdites impenſes ; car ces impenſes étant ſuppoſées néceſſaires, ſi la donation n'eût pas été faite, la donatrice eût été obligée de les faire ; la ſomme qu'elle y auroit employée ſe trouveroit de moins dans ſa ſucceſſion ; c'eſt pourquoi l'héritage n'auroit augmenté ſa ſucceſſion que ſous la déduction de cette ſomme qui s'y ſeroit trouvée de moins.

Nous n'entendons parler que des groſſes impenſes ; celles d'entretien ſont une charge des fruits que le donataire perçoit, & il ne peut les répéter.

580. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent, doit s'obſerver, ſoit que le ſecond mari ait conſervé l'héritage qui lui a été donné, ſoit qu'il l'ait aliéné : on doit en l'un & l'autre cas l'eſtimer eu égard à la valeur qu'il a au temps de la ſucceſſion, quoiqu'elle ſoit au-deſſus ou au-deſſous du prix qu'il l'a vendu ; car ſoit qu'il ait conſervé cet héritage, ſoit qu'il l'ait vendu, la donation fait également préjudice aux enfans dans la ſucceſſion de leur mere, de la valeur préſente de l'héritage qui s'y ſeroit trouvé, s'il n'avoit pas été donné au ſecond mari.

Ce que nous avons dit à l'égard des impenſes utiles ou néceſſaires, a pareillement lieu, ſoit qu'il ait aliéné l'héritage, ſoit qu'il l'ait conſervé.

581. Si néanmoins la vente que le ſecond mari a faite de l'héritage qui lui a été donné, étoit une vente forcée que la donatrice eût pareillement été obligée de faire, *putà*, pour une cauſe d'utilité publique, ou pour une cauſe de réméré, auquel l'héritage étoit ſujet, il eſt évident en ce cas, qu'il n'y auroit pas lieu à l'eſtimation de cet héritage, & qu'on ne comprendroit dans l'eſtimation de la donation faite au ſecond mari, que la ſomme qu'il a reçue, ou qui lui eſt due pour le prix de la vente forcée qu'il en a faite ; car, quand même la donation n'auroit pas été faite, il ne ſe ſeroit trouvé de plus dans la ſucceſſion de la donatrice, que cette ſomme pour laquelle elle auroit été pareillement obligée de le vendre.

582. Il en eſt de même des rentes comme des héritages : une rente qu'une femme a donnée à ſon ſecond mari, doit s'eſtimer eu égard à la valeur qu'elle a lors de la mort de la donatrice, plutôt qu'eu égard à la valeur qu'elle avoit lors de la donation. Par exemple, ſi la rente qui a été donnée, étoit d'une valeur moindre que ſon capital lors de la donation, parce que la ſolvabilité du débiteur de la rente étoit alors ſuſpecte, & que depuis le débiteur, par des ſucceſſions qui lui ſont échues, étant devenu riche, la rente ſe trouve, lors de la mort de la donatrice, de la valeur de ſon principal, elle ſera eſtimée ſuivant cette valeur ; *vice verſâ*, ſi la rente qui lors de la donation, étoit de la valeur de ſon capital, par le renverſement de la fortune du débiteur, ou par quelqu'autre cauſe, ſe trouve, lors de la mort de la donatrice, n'être plus de la valeur de ſon capital, elle ne ſera eſtimée que ce qu'elle vaut alors, pourvu que ce ne ſoit pas par la faute du donataire

ou

ou de ſes ſucceſſeurs, qu'elle ſoit diminuée de valeur ; *putà*, pour avoir laiſſé perdre les hypotheques de cette rente, faute de s'être oppoſé aux décrets des héritages hypothéqués, ou d'avoir interrompu la preſcription.

Lorſque la rente a été rembourſée, on comprend dans l'eſtimation de la donation le prix que le ſecond mari a reçu pour le rachat. Si, après la diſcuſſion des biens du débiteur, le ſecond mari n'a pu venir utilement en ordre, que pour une partie du capital, ſans qu'il y ait eu de ſa faute, on ne comprendra dans l'eſtimation de la donation que la ſomme qu'il a reçue ; car, ſi la donation n'eût pas été faite, la donatrice n'auroit pareillement pu recevoir que cette ſomme : donc le donataire n'a fait préjudice aux enfans dans la ſucceſſion de la donatrice, que de cette ſomme.

583. Si le ſecond mari, lors de l'ordre, étoit créancier, non-ſeulement du principal de la rente qui lui a été donnée, mais de pluſieurs arrérages courus depuis la donation ; ce qu'il a reçu à l'ordre, doit ſe répartir par proportion, tant ſur le capital de la rente qui lui appartient à la charge de la réduction de l'Edit, que ſur les arrérages qui lui appartiennent parfaitement, & qui ne ſont pas ſujets à cette réduction.

Par exemple, s'il étoit créancier de dix mille livres pour le capital de la rente, & de cinq mille pour les arrérages, ce qui fait en total quinze mille livres, & qu'il n'ait reçu à l'ordre que ſept mille cinq cent livres, qui eſt la moitié de cette ſomme, il doit être cenſé en avoir reçu cinq mille livres pour la moitié de ſon principal, & les deux mille cinq cent livres de ſurplus pour la moitié de ſes arrérages ; c'eſt pourquoi dans l'eſtimation qu'on fera de la donation qui lui a été faite de cette rente, on ne portera que la ſomme de cinq mille livres, comme n'ayant reçu que cette ſomme ſur le capital de cette rente.

584. Le principe que nous avons établi juſqu'à préſent, que pour régler ſi & juſqu'à quelle concurrence la donation faite au ſecond mari, doit ſouffrir réduction, on doit eſtimer, eu égard au temps de la mort de la donatrice, tant les biens compris dans la donation, que ceux de ſa ſucceſſion, eſt confirmé par le texte de la Novelle 22, *cap.* 28, où il eſt dit : *tempus illud conſiderandum eſt quo binubus moritur, & portionem indè ſumendam, & ſecundùm eam id quod plus eſt contemplantes, auferre quod tranſcendit, oportet, & filiis applicare ; in omnibus talibus, non ab initio donatione aut ſcripturâ reſpiciendâ, ſed qui vocatur eventus conſiderandus eſt.*

585. Comme c'eſt au temps de la mort de la donatrice que le droit qu'ont les enfans de demander la réduction de la donation faite au ſecond mari, devient ouvert, il s'enſuit que c'eſt préciſément à ce temps qu'on doit avoir égard pour juger s'il y a lieu à la réduction de l'Edit, & juſqu'à quelle concurrence ; c'eſt pourquoi on doit eſtimer l'héritage préciſément eu égard à la valeur qu'il avoit au temps de la mort de la donatrice. Non-ſeulement donc il n'importe pas qu'il ait valu plus ou moins au temps de la donation, comme nous l'avons vu juſqu'à préſent ; mais il n'importe pas non plus que, par quelque accident ſurvenu depuis la mort, il ait augmenté ou diminué de valeur.

Par exemple, ſi l'héritage, lors de la mort de la donatrice, qui a donné

ouverture au droit des enfans, étoit de valeur de vingt mille livres, & la portion de l'enfant le moins prenant dans la succeſſion, de la valeur de quinze mille livres; quoique par une inondation ſurvenue depuis la mort de la donatrice, qui a enſablé une partie des terres de cet héritage, il ne ſoit plus que de la valeur de dix mille livres qui eſt au-deſſous de celle de la portion d'enfant, néanmoins on doit conſidérer la valeur de 20000 liv. qu'il avoit au temps de la mort de la donatrice, qui eſt d'un quart plus forte que celle de la part d'enfant; & en conſéquence les enfans doivent avoir le droit de demander le retranchement à leur profit du quart de cet héritage; le droit de demander ce retranchement qui eſt né & acquis aux enfans lors de la mort de la donatrice, ne peut pas leur être ôté; toute la perte que doit leur cauſer l'accident ſurvenu à l'héritage depuis l'ouverture de leur droit, c'eſt que le quart de cet héritage dont ils ont droit de demander le retranchement, & qui valoit lors cinq mille livres, ne vaut plus que deux mille cinq cent livres.

586. Après que, par la liquidation de la ſucceſſion de la femme qui a fait une donation à ſon ſecond mari, & de la portion de l'enfant le moins prenant dans cette ſucceſſion, & par l'eſtimation des biens compris dans la donation, on a reconnu de combien cette donation excede le montant de la part d'enfant, *putà*, d'une moitié, d'un tiers, d'un quart; les biens compris en la donation ſe trouvant en ce cas communs entre les enfans pour la portion qui en doit être retranchée à leur profit, & le ſecond mari pour le ſurplus, on doit procéder entre le ſecond mari & les enfans au partage de ces biens, par lequel partage on délivre aux enfans, en biens de ladite donation, la portion qui en doit être retranchée à leur profit, & on laiſſe le ſurplus au ſecond mari.

Si les biens qu'on aſſigne par ce partage aux enfans pour la portion qui doit être diſtraite à leur profit, excedent le montant de cette portion, on charge ces biens d'un retour envers le ſecond mari; &, *vice verſâ*, ſi ces biens ne rempliſſent pas entiérement les enfans de la portion qui doit être retranchée à leur profit, on charge d'un retour envers eux, ceux qui ſont reſtés au ſecond mari.

Le ſecond mari & les enfans contractent réciproquement l'obligation de garantie que forme le partage entre des copartageans.

Lorſque dans une donation, dont une portion doit être retranchée au profit des enfans, il n'y a qu'un héritage qui ne peut être commodément partagé entre les enfans pour la portion qui en doit être retranchée, & le ſecond mari pour le ſurplus; chacune des parties peut en ce cas demander la licitation.

587. Les fruits, tant civils que naturels des héritages compris dans la donation, qui ont été perçus depuis le jour du décès de la donatrice, qui eſt le jour auquel le droit des enfans a été ouvert, appartiennent auxdits enfans pour la portion deſdits biens qui doit être retranchée à leur profit; le mari, qui a perçu ces fruits avant le partage ou la licitation, leur en doit faire raiſon, *deductis impenſis.*

588. La portion qui doit être retranchée de la donation, peut être de-

mandée, même dans les biens poſſédés par des tiers détenteurs, & que le ſecond mrri a aliénés par des aliénations volontaires; les enfans ont, pour cet effet, contre ces tiers détenteurs une action, comme nous l'avons vu *ſuprà*. Néanmoins, lorſque le mari n'a aliéné qu'une partie des biens compris dans la donation, & que dans ceux qui lui ſont reſtés, il s'en trouve ſuffiſamment pour remplir les enfans de la portion entiere qui doit être retranchée de la donation, à leur profit, il eſt équitable en ce cas, pour éviter les recours de garantie & les dommages & intérêts qu'auroient à prétendre ces tiers acquéreurs contre le ſecond mari, que les enfans ſoient remplis dans les biens reſtés au ſecond mari, de la portion qui doit être retranchée à leur profit, & qu'ils ne ſoient pas écoutés à rien demander aux tiers détenteurs.

Lorſque les enfans ſont obligés de ſe pourvoir contre les tiers détenteurs, ne reſtant pas au ſecond mari des biens compris en la donation en quantité ſuffiſante pour les remplir, ſi ces tiers détenteurs ont acquis ſans connoiſſance de la charge à laquelle ces biens étoient ſujets, étant poſſeſſeurs de bonne foi, ils ne ſont tenus des fruits de la portion dont on demande le retranchement, que depuis la demande donnée contre eux; ſauf aux enfans à ſe pourvoir pour ceux perçus auparavant la demande, & depuis le décès de leur mere, contre le ſecond mari, qui en eſt tenu perſonnellement.

589. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent de l'eſtimation qui doit ſe faire de la valeur dont ſont les biens compris dans la donation au temps de la mort de la donatrice, du partage qui doit s'en faire entre les enfans & le ſecond mari, & de l'action contre les tiers détenteurs, n'a lieu que lorſque ce ſont des biens immeubles qui ont été donnés au ſecond mari: lorſque c'eſt de l'argent, des marchandiſes, ou d'autres meubles qui ont été donnés, ſi la ſomme donnée, ou celle à laquelle montoit lors de la donation le prix des effets donnés, ſe trouve, lors de l'ouverture de la ſucceſſion de la mere, excéder la valeur de la part de l'enfant le moins prenant, les enfans ſont créanciers du ſecond mari pour la reſtitution de cet excédent; leur créance n'eſt qu'une ſimple créance d'une ſomme d'argent contre le ſecond mari, avec hypothéque ſur ſes biens, du jour de la donation par laquelle il eſt cenſé s'être tacitement obligé à la reſtitution de cet excédent. Les enfans n'ont aucune action contre les tiers détenteurs d'aucuns des meubles compris dans la donation que le ſecond mari auroit aliénés; ils ont ſeulement un privilege ſur ceux qui ſont reſtés en nature au ſecond mari, pour la créance de la ſomme d'argent qu'il leur doit.

## ARTICLE VI.

### *Comment & à quel titre ſe partagent les biens retranchés; & entre quelles perſonnes.*

590. La portion des biens qui a été retranchée d'une donation de biens immeubles, faite au ſecond mari, par le partage qui s'eſt fait entre le ſecond

mari & les enfans après la mort de la donatrice, n'eſt point cenſée faire partie des biens de la donatrice ; la mere deſdits enfans s'étant, par la donation entre-vifs qu'elle a faite à ſon ſecond mari, dépouillée de tous les biens compris en cette donation, il ne s'en eſt rien trouvé après ſa mort dans ſa ſucceſſion : la portion que l'Edit en a retranchée au profit des enfans, n'eſt pas tombée dans ſa ſucceſſion : les enfans, au profit deſquels l'Edit a fait le retranchement de cette portion, ne la tiennent que de l'Edit ; ils ne la tiennent point de la ſucceſſion de leur mere ; l'Edit eſt le ſeul titre en vertu duquel elle leur appartient.

De-là il ſuit, 1°. que la portion retranchée doit être partagée entre tous les enfans, au profit deſquels nous avons vu en l'*art.* 4 que ſe faiſoit le retranchement, ſoit qu'ils aient renoncé à la ſucceſſion de leur mere, ſoit qu'ils l'aient acceptée.

Obſervez néanmoins que quoique les enfans ne partagent point à titre de ſucceſſion la portion retranchée, & que ceux qui ont renoncé à la ſucceſſion, y ſoient admis, ils la partagent néanmoins dans l'ordre des ſucceſſions : c'eſt pourquoi les petits-enfans d'un fils ou d'une fille n'y ſont admis qu'à défaut de leur pere ou mere prédécédés, auquel cas ils la partagent par repréſentation & par ſouches.

591. Il ſuit, 2°. de notre principe, que les enfans qui ont renoncé à la ſucceſſion de leur mere, ou qui ne ſe ſont portés ſes héritiers que ſous bénéfice d'inventaire, ne ſont point tenus des dettes de leur mere, pour raiſon de la portion de biens qui a été retranchée à leur profit, de la donation faite au ſecond mari ; à moins que les créanciers ne fuſſent des créanciers antérieurs à la donation, qui auroient des hypotheques ſur leſdits biens, ou en fraude deſquels la donation auroit été faite.

Ils n'ont rien à craindre non plus des créanciers hypothécaires du ſecond mari ; car par la réduction de la donation, le droit du ſecond mari ayant été éteint ſur la portion retranchée, le droit d'hypotheque qu'il y avoit donné à ſes créanciers, a été pareillement éteint, n'ayant pas pu leur donner plus de droit qu'il n'en avoit lui-même. C'eſt le vrai cas de la regle *ſoluto jure dantis, ſolvitur jus accipientis.* La réſolution du droit du ſecond mari ſur la portion retranchée, ſe fait *ex causâ antiquâ neceſſariâ & inhærente contractui*, puiſque la donation n'avoit pu lui être faite que ſous la charge tacite du retranchement qui a eu lieu. Cette réſolution doit donc entraîner celle des hypotheques, & de tous les autres droits réels qu'il auroit pu impoſer ſur la portion retranchée.

592. Il ſuit auſſi de notre principe, que la part qu'un enfant a eue de la portion retranchée de la donation faite par ſa mere au ſecond mari, ne doit pas être imputée ſur ſa légitime : *finge*, une femme a fait une donation à ſon ſecond mari, qui monte à vingt mille livres ; elle a laiſſé encore quarante mille livres dans ſa ſucceſſion : elle a deux enfans ; elle a fait l'aîné légataire univerſel. Pour fixer la légitime à laquelle le puîné ſe trouve réduit par ce legs univerſel, il faut faire par fiction une maſſe, tant des quarante mille livres qui ſont reſtées dans la ſucceſſion, que des vingt mille données au ſecond mari, laquelle montera à ſoixante mille livres ; la légitime du puîné, dans

cette maſſe, eſt de quinze mille livres. La donation de vingt mille livres faite au ſecond mari, étant plus forte de cinq mille livres que la portion de l'enfant légitimaire, elle doit ſouffrir retranchement de cette ſomme de cinq mille livres. Lorſque le puîné voudra prendre en entier, dans les biens délaiſſés par ſa mere, les quinze mille livres qui lui appartiennent pour ſa légitime, l'aîné ne pourra pas l'en empêcher, en lui oppoſant qu'il doit imputer ſur ſa légitime la part qu'il a dans les cinq mille livres retranchées de la donation du ſecond mari; car cet enfant légitimaire ne tient que de la loi ce qu'il en a eu; il ne le tient pas de ſa mere, qui bien-loin de le lui donner, le lui a voulu ôter, en le donnant à ſon ſecond mari; *Ricard, part.* 3, *n.* 1312.

593. La portion retranchée n'étant point partagée entre les enfans à titre de ſucceſſion, le fils aîné héritier de ſa mere a-t-il droit de prétendre ſon droit d'aîneſſe dans les biens nobles qui ſe trouvent dans la portion retranchée? La queſtion ſouffre difficulté: il y a lieu de ſoutenir que l'aîné eſt fondé. Le retranchement que fait l'Edit de ce qu'il y a d'exceſſif dans la donation faite au ſecond mari, eſt, comme nous l'avons déja dit ailleurs, une réparation du préjudice que la donation faite au ſecond mari apporte aux enfans: d'où il ſuit que le préjudice que l'aîné a ſouffert dans la ſucceſſion de ſa mere, de la donation des biens féodaux faite au ſecond mari, dans leſquels il auroit eu une plus grande part que ſes freres & ſœurs, étant plus grand que celui qu'ont ſouffert ſes freres & ſœurs, il eſt naturel qu'il ait une plus grande part dans le retranchement, qui eſt la réparation de ce préjudice, la part dans la réparation devant être proportionnée au préjudice ſouffert. Il paroît que c'étoit le ſentiment de Ricard. On peut pour cela tirer argument de ce que cet Auteur décide, *p.* 3, *n.* 1390, que l'aîné prend droit d'aîneſſe dans les biens que la femme eſt tenue de réſerver aux enfans de ſon premier mariage, par le ſecond chef de l'Edit, quoiqu'ils n'y aient droit qu'en leur qualité d'enfans, & que ces biens ne ſoient proprement ni de la ſucceſſion de leur mere, ni de celle de leur pere. Il y a même raiſon pour le décider à l'égard des biens retranchés, en vertu du premier chef.

594. Il reſte ſur le partage de la portion retranchée, la queſtion de ſçavoir ſi le ſecond mari doit être admis à la partager, & à y prendre la même part que celle qu'y prendra l'un des enfans. La gloſe ſur la loi *hac edictali*, paroît décider pour l'affirmative; c'eſt auſſi l'avis de Renuſſon, *Traité de la Communauté*, IV, III, 67. La raiſon de ces Auteurs eſt que lorſque l'Edit déclare que les femmes ne pourront donner à leurs ſeconds maris plus qu'à l'un des enfans le moins prenant, l'intention du Légiſlateur eſt que le ſecond mari ne puiſſe avoir plus que l'un des enfans le moins prenant; mais elle n'eſt pas qu'il ait moins. Néanmoins ſi le ſecond mari n'étoit pas reçu à partager avec les enfans la portion retranchée, il ſe trouveroit qu'il auroit moins que l'enfant le moins prenant; car cet enfant a déja dans les biens reſtés à la mere, & qui ſe trouvent dans ſa ſucceſſion, autant comme a le ſecond mari dans ce qui lui reſte de la donation qui a été réduite à cette part. Si cet enfant, outre cela, prenoit une part dans la portion de biens qui a été retranchée de la donation, ſans que le ſecond mari fût admis à prendre une pareille part, le ſecond mari auroit moins que cet enfant, qui auroit de plus que lui ſa part

dans la portion retranchée. Ricard, qui traite la queſtion, *p.* 3, *n.* 1319 & *ſuiv.*, eſt d'avis, nonobſtant ces raiſons, que le ſecond mari ne doit point être admis à partager avec les enfans la portion retranchée de la donation; il ſe fonde ſur les termes de la Loi *Hac edictali*, §. 6, *verſ. fin. verò*, où il eſt dit: *Id quod relictum, vel donatum, vel datum fuerit, tanquam non ſcriptum, nec derelictum, vel donatum, vel datum ſit, ad perſonas deferri liberorum; & inter eos dividi jubemus.* Les Empereurs n'appellent point le ſecond mari au partage de cette portion qui doit être retranchée de ſa donation.

Ricard ſe fonde auſſi ſur la Novelle 22, *cap.* 27, dont les termes ſont encore plus formels: il y eſt dit; *quod plus eſt in eo quod relictum, aut datum eſt, aut novercæ, ac vitrico, ac ſi neque ſcriptum, neque relictum, aut datum, vel donatum, competit filiis, & inter* EOS SOLOS, *ex æquo dividitur ut oportet.*

Les textes de ces loix doivent ſervir d'interprétation au premier chef de l'Edit qui a été tiré de ces loix, leſquelles ſont expreſſément approuvées par le préambule de l'Edit, en ces termes: » A QUOI les anciens Empereurs ont » voulu pourvoir par pluſieurs bonnes loix & conſtitutions, & nous avons » LOUÉ ET APPROUVÉ icelles loix, &c. »

A l'égard de la raiſon apportée pour l'opinion contraire, Ricard répond, en convenant que l'Edit défend ſeulement à la femme de donner à ſon mari *plus* qu'à l'un de ſes enfans le moins prenant dans ſa ſucceſſion, qu'elle lui permet de lui en donner autant: mais que s'enſuit-il? Rien autre choſe, ſinon que toutes les fois qu'une donation faite au ſecond mari, n'excédera pas la part que l'enfant le moins prenant a droit de prétendre dans la ſucceſſion, cette donation ſera valable, & ne ſera ſujette à aucune réduction.

Mais il ne s'enſuit pas que lorſque la femme aura contrevenu à l'Edit, en faiſant à ſon ſecond mari une donation plus forte qu'il ne lui étoit permis; ce qu'elle lui a donné de plus qu'il ne lui étoit permis, ne doive être, par forme de peine de ſa contravention, retranché de la donation, & appliqué à ſes enfans ſeuls, comme le dit la Novelle: on peut même dire qu'en ce cas, l'enfant le moins prenant n'a de ſa mere rien de plus que le ſecond mari; car ce qu'il a dans les biens retranchés de la donation, il ne le tient que de la loi; il ne le tient pas de ſa mere, qui, au contraire, a voulu l'en dépouiller, pour le donner au ſecond mari.

## ARTICLE VII.

### *Des donations de part d'enfans.*

595. Il arrive ſouvent qu'une perſonne qui convole en ſecondes noces, au-lieu de donner à ſa ſeconde femme, ou à ſon ſecond mari, de certains effets déterminés, ou une certaine ſomme d'argent, lui donne par ſon contrat de mariage, en termes généraux, *une part d'enfant.*

Ces donations de part d'enfant ne ſont pas proprement des inſtitutions contractuelles d'héritiers; car le ſecond mari, donataire d'une part d'enfant, ne prend pas à titre d'héritier la part qui lui eſt donnée dans les biens de la ſucceſſion de ſa femme; il n'eſt pas héritier de cette part, il n'en eſt que

donataire, & en conſéquence il n'eſt pas tenu indéfiniment *& ultra vires* pour cette part, des dettes de la ſucceſſion, comme l'eſt un héritier; il n'en eſt tenu que juſqu'à concurrence de la part des biens dont il eſt donataire, qu'il peut abandonner pour ſe décharger de la part des dettes dont il eſt tenu en ſa qualité de donataire.

Quoique les donations d'une part d'enfant ne ſoient pas proprement des inſtitutions contractuelles d'héritier, elles tiennent néanmoins beaucoup de ces inſtitutions contractuelles : comme elles, elles deviennent caduques par le prédécès du donataire avant la donatrice, ou le donateur. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 13 Avril 1688, rapporté par Renuſſon, en ſon Traité de la Communauté, *part.* 4, *chap.* 3, *n.* 72; & au Journal du Palais. La raiſon eſt, que la part d'enfant dans la ſucceſſion de la donatrice, qui fait l'objet de la donation, eſt une choſe qui ne commence à exiſter que lorſqu'il y a une ſucceſſion; c'eſt-à-dire, lors de la mort de la donatrice : le donataire, avant ce temps, n'a qu'un droit informe; il ne peut avoir un droit formé à une choſe qui n'exiſte pas encore; par conſéquent, lorſqu'il meurt avant la donatrice, n'ayant encore alors acquis ni pu acquérir aucun droit à la choſe donnée qui n'exiſtoit pas encore, il n'y a rien qu'il ait pu tranſmettre à ſes héritiers. Les donations étant faites à la perſonne du donataire que le donateur a eu ſeul en vue, le droit qui réſulte d'une donation ne peut ſe former qu'en la perſonne du donataire : lorſque le donataire meurt avant qu'il ſoit formé, il ne peut plus ſe former, après ſa mort, en la perſonne de ſes héritiers, puiſqu'ils ne ſont pas les perſonnes à qui la donation a été faite.

En cela une donation de *part d'enfant* eſt très-différente de celle d'un corps certain, ou d'une ſomme déterminée. Le ſecond mari acquiert, par ſon contrat de mariage, le droit de propriété du corps certain, ou le droit de créance de la ſomme que ſa femme lui a donnée; & il tranſmet dans ſa ſucceſſion, lorſqu'il prédécede, ce droit de propriété, ou de créance qui lui a été acquis.

596. De même que dans les inſtitutions contractuelles qui ſont faites par contrat de mariage de l'un des futurs époux, on ſuppoſe une ſubſtitution vulgaire tacite des enfans nés de ce mariage, pour recueillir la ſucceſſion à la place de l'inſtitué, dans le cas auquel il prédécéderoit; on ſuppoſe de même dans une donation de part d'enfant faite par contrat de mariage au ſecond mari, une ſubſtitution vulgaire tacite au profit des enfans qui naîtront du mariage, pour recueillir la donation de part d'enfant, en cas de prédécès du ſecond mari donataire : c'eſt l'avis de Renuſſon, *ibid. n.* 73. Comme cette opinion de Renuſſon pourroit peut-être ſouffrir quelque difficulté, les donations de part d'enfant n'étant pas favorables, il eſt plus ſûr d'exprimer cette ſubſtitution dans le contrat de mariage.

397. Le ſecond mari, (ou la ſeconde femme,) donataire d'une part d'enfant, a droit de prendre cette part dans tous les biens de la ſucceſſion de la donatrice, ſoit meubles, ſoit immeubles, ſoit acquêts, conquêts, ou propres, ſauf néanmoins dans certains biens mentionnés dans le ſecond chef de l'Edit, & dans les extenſions que quelques Coutumes y ont faites, dont nous

traiterons dans les Sections ſuivantes, dans leſquelles le ſecond mari, ou la ſeconde femme donataire de part d'enfant, ne peuvent prendre aucune part.

La part du ſecond mari donataire de part d'enfant, ſe regle ſur le nombre des enfans qui ſe trouvent appellés à la ſucceſſion lors de la mort de la donatrice. Par exemple, s'il y en a ſix, la part du ſecond mari ſera un ſeptieme.

598. Lorſque la donatrice eſt morte ſans laiſſer d'enfans, ceux qu'elle avoit étant tous prédécédés, quoique la donation qu'elle auroit faite à ſon ſecond mari de tous ſes biens, eût été en ce cas valable, néanmoins lorſque c'eſt *une part d'enfant* qu'elle lui a donnée, le donataire *de part d'enfant* ne peut pas prétendre le total des biens de la donatrice, car une *part* n'eſt pas le total.

Quelle ſera donc la part qui ſera cenſée en ce cas faire l'objet de la donation ? Ricard, *part.* 3, *n.* 1281, penſe qu'en ce cas, la part que doit avoir le ſecond mari, donataire de part d'enfant, eſt la moitié de tous les biens indiſtinctement quels qu'ils ſoient. Son avis eſt fondé ſur ce que le terme *part*, lorſqu'il eſt indéfini, ſe prend dans le langage ordinaire pour la moitié : *Partis appellatio non adjectâ quotâ, dimidia intelligitur ;* L. 164, §. 1, ff. *de verb. ſignif.* Deniſart cite un Arrêt de 1763, qui l'a jugé.

599. Lorſque la donatrice n'a laiſſé qu'un fils unique, ce fils, dans le partage des biens féodaux qu'il fait avec le ſecond mari, donataire de part d'enfant, doit-il avoir un droit d'aîneſſe, tel qu'il l'auroit eu s'il eût partagé la ſucceſſion avec un autre enfant ? Pour la négative, on peut dire que le droit d'aîneſſe dans une ſucceſſion, étant l'avantage que la loi donne à l'aîné ſur ſes freres & ſœurs, il ne peut y avoir de droit d'aîneſſe, lorſqu'il n'y a qu'un enfant unique. On dit au contraire pour l'affirmative, qu'une donation de part d'enfant, eſt la donation de la part qu'auroit eu un autre enfant, ſi la donatrice en eût laiſſé un autre que celui ou ceux qu'elle a laiſſé. Or, un autre enfant n'auroit eu que le titre des biens nobles, après qu'on en auroit prélevé le manoir & le vol du chapon : le ſecond mari n'en doit donc pas avoir davantage.

600. Lorſque la donatrice n'a laiſſé que deux enfans, un aîné & un puîné, la part que le ſecond mari doit avoir dans les biens nobles que la donatrice a laiſſés à ſon décès, après qu'on en a prélevé le manoir & le vol du chapon, doit être le quart ; 1°. parce que c'eſt la part qu'eût eu un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus ; 2°. parce qu'en aſſignant au ſecond mari cette portion, la loi qui regle la part du ſecond mari à celle de l'enfant le moins prenant dans la ſucceſſion, & la loi qui attribue à l'aîné les deux tiers dans les biens nobles de la ſucceſſion, outre le manoir & le vol du chapon, lorſqu'il n'y a que deux enfans, ſe trouvent l'une & l'autre exécutées : c'eſt ce qu'il eſt facile de faire voir.

Il faut obſerver pour cela que la ſucceſſion de la mere dans les biens nobles par elle délaiſſés à ſon décès, n'eſt compoſée que de ce qui en reſte après diſtraction faite de la portion donnée dans leſdits biens au ſecond mari ; car ce qui a été donné, ne fait plus partie de la ſucceſſion de la mere : en faiſant

faiſant donc dans les biens nobles délaiſſés par la donatrice ; la diſtraction du quart pour la portion donnée au ſecond mari, il ne ſe trouvera plus dans la ſucceſſion de la mere, qui eſt à partager entre ſes deux enfans, que les trois quarts deſdits biens nobles à partager entre l'aîné & le puîné. L'aîné en prend les deux tiers, qui ſont deux quarts, ou la moitié au total ; le puîné prend l'autre tiers de ces trois quarts, qui eſt un quart au total, laquelle part du puîné ſe trouve égale à celle du ſecond mari.

601. Il y a plus de difficulté ſur la fixation de la portion d'enfant dans les biens nobles, lorſque la donatrice a laiſſé plus de deux enfans. Par exemple, je ſuppoſe que la donatrice a laiſſé cinq enfans, un aîné & quatre puînés ; doit-on dire tout uniment que la portion d'enfant du ſecond mari donataire, doit être celle qu'y auroit eu un ſixieme enfant ; c'eſt-à-dire, un cinquieme en la moitié, qui eſt un dixieme au total ? Cette déciſion a un inconvénient : la portion que le ſecond mari, donataire d'une part d'enfant, prend dans les biens délaiſſés par la donatrice à ſon décès, ne fait pas partie de la ſucceſſion de la donatrice ; cette portion en a été diſtraite par la donation qui en a été faite au donataire ; & la ſucceſſion de la donatrice n'eſt proprement compoſée que de ce qui reſte des biens délaiſſés par la donatrice à ſon décès, après diſtraction faite de la portion donnée au ſecond mari. Ayant donc diſtrait un dixieme des biens nobles délaiſſés par la donatrice à ſon décès, pour la portion donnée au ſecond mari, la ſucceſſion n'eſt plus compoſée que des neuf dixiemes deſdits biens nobles. En donnant cinq dixiemes à l'aîné dans les neuf dont la ſucceſſion eſt compoſée, & un dixieme à chacun des quatre puînés, l'aîné ſe trouvera avoir plus de la moitié des biens nobles, dont la ſucceſſion eſt compoſée, outre le manoir & le vol de chapon ; ce qui eſt contraire à la loi des fiefs ſur le droit d'aîneſſe, qui ne donne à l'aîné que la moitié, outre le manoir & le vol de chapon, lorſqu'il y a plus de deux enfans.

Le ſyſtême qui donne au ſecond mari, donataire de part d'enfant, préciſément & tout uniment, la même part qu'eût eu un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus, ſouffre encore un autre inconvénient, en ce qu'il fait porter aux puînés ſeuls, tout le préjudice qui réſulte de la donation, ſans que l'aîné en porte rien ; ce qui eſt contraire à un autre principe de la matiere du droit d'aîneſſe, qui eſt, qu'un aîné ne peut, à la vérité, ſouffrir des donations des biens nobles qui ſont faites à ſes puînés ; mais il ſouffre, comme ſes puînés, des donations qui ſont faites à des étrangers, tel qu'eſt un ſecond mari. Chacun des enfans en ſouffre, à proportion de la part qu'il eût eue dans les biens donnés, s'ils fuſſent reſtés dans la ſucceſſion, & n'euſſent pas été donnés : l'aîné qui en eût eu la moitié, doit trouver cette moitié de moins dans les biens de la ſucceſſion.

Je crois avoir trouvé une maniere de fixer la portion du ſecond mari, donataire de part d'enfant, dans les biens nobles que la donatrice a laiſſés à ſon décès.

Je l'ai déja expliquée dans mon Introduction au titre 10 *de la Coutume d'Orléans, chap.* 9, *art.* 1, §. 4. Je penſe que lorſque la donatrice a laiſſé plus de deux enfans venant, ou ayant droit de venir à la ſucceſſion, parmi leſ-

quels il y a un aîné ; pour fixer & déterminer la portion que doit avoir le ſecond mari dans les biens nobles, ſuivant les Coutumes de Paris, d'Orléans, & autres ſemblables, il faut, dans les biens nobles que la donatrice a laiſſés à ſon décès, diſtraction préalablement faite du manoir & vol de chapon, faire deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une. Par exemple, ſi la donatrice a laiſſé cinq enfans ; ſçavoir, un aîné & quatre puînés, il faut faire dans leſdits biens neuf portions, & en donner une au ſecond mari : l'aîné, dans les huit neuviemes reſtants qui compoſent la ſucceſſion, aura quatre neuviemes, ce qui fait préciſément la moitié des biens nobles, dont la ſucceſſion ſe trouve compoſée : chaque puîné aura un neuvieme, qui eſt une part égale à celle du ſecond mari. Le préjudice que la donation d'une neuvieme portion faite au ſecond mari, porte à la ſucceſſion, eſt porté pour une moitié par l'aîné, lequel, au-lieu de la moitié au total qu'il eût eue, ſi la donation n'eût pas été faite, n'a que quatre neuviemes, qui font un dix-huitieme de moins que la moitié : il ſouffre par-là pour moitié le préjudice que la donation du neuvieme, faite au ſecond mari, fait à la ſucceſſion, le dix-huitieme étant la moitié du neuvieme. Par ce moyen, tous les principes, tant ſur la matiere des donations de part d'enfant, que ſur celles du droit d'aîneſſe, ſe trouvent conciliés.

On peut faire une opération ſemblable dans les Coutumes qui donnent à l'aîné une portion plus grande que dans celle de Paris. Par exemple, dans celles qui donnent les deux tiers à l'aîné, il faudra faire trois fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une. S'il y a cinq enfans, un aîné & quatre puînés, il faudra faire treize portions ; donner au ſecond mari un treizieme ; & des douze treiziemes reſtants, en donner huit treiziemes à l'aîné, & un à chaque puîné.

602. Le ſecond mari n'a la portion fixée par ces opérations, que lorſque la donatrice a laiſſé à chacun de ſes enfans la portion que la loi leur défere. Si elle les avoit réduits, ou l'un d'eux, à une moindre portion, celle du ſecond mari, qui ne peut pas l'excéder, diminueroit d'autant. Par exemple, ſi une femme qui a donné part d'enfant à ſon ſecond mari, avoit, dans la Coutume de Paris, laiſſé une ſucceſſion de biens nobles & cinq enfans, & qu'elle eût réduit chacun de ſes quatre puînés, ou ſeulement l'un d'eux à ſa légitime, qui eſt un ſeizieme au total, moitié du huitieme que chacun des quatre puînés eût eu, s'il n'y avoit eu aucune donation de faite, la portion du mari ne ſera pareillement que d'un ſeizieme.

603. Il reſte une queſtion ſur le partage qui eſt à faire entre les enfans & le ſecond mari, donataire d'une part d'enfant. Je ſuppoſe qu'une femme laiſſe deux enfans & le ſecond mari, donataire de part d'enfant : il reſte de net, dans les biens par elle délaiſſés à ſon décès, ſoixante mille livres : cette femme, depuis la donation faite au ſecond mari, avoit fait donation à l'un de ſes enfans d'une ſomme de quinze mille livres, qu'elle lui avoit payée comptant : ſuffit-il, pour remplir le ſecond mari de ſa part d'enfant, de lui délivrer le tiers des biens que la femme à laiſſés à ſon décès ? Le ſecond mari peut-il, en outre, prétendre ſa part dans les quinze mille livres que l'enfant donataire eſt obligé de rapporter à la ſucceſſion ? Pour la néga-

tive, on dira que le rapport n'eſt établi qu'en faveur des cohéritiers, pour conſerver l'égalité entr'eux ; l'enfant donataire ne le doit qu'à ſon cohéritier ; le ſecond mari, qui eſt un donataire étranger, n'y peut donc rien prétendre. Néanmoins il faut décider que lorſque les donations faites aux enfans ſont poſtérieures à celle qui a été faite au ſecond mari, le ſecond mari doit y prendre part. La raiſon eſt que cette donation faite au ſecond mari, étant une donation irrévocable, il ne doit pas être au pouvoir de la femme de la détruire, d'y donner atteinte, d'en anéantir, ou même d'en diminuer l'effet par des donations qu'elle ſeroit depuis à ſes enfans. Il eſt donc néceſſaire, pour empêcher la donatrice d'y donner atteinte, de faire rapporter au profit du ſecond mari, auſſi-bien que de ſes cohéritiers, & de donner au ſecond mari la part qu'il y auroit eue, ſi les donations n'euſſent pas été faites. C'eſt un point jugé par un Arrêt du 2 Avril 1683, rapporté au Journal des Audiences.

## SECTION II.

### *Du ſecond chef de l'Edit.*

604. Par le ſecond chef de l'Edit de François II, il eſt défendu aux femmes de rien donner à leur ſecond mari des avantages qu'elles ont eu de leur précédent mariage ; & il eſt pareillement défendu aux hommes de rien donner deſdites choſes à leur ſeconde femme.

Voici les termes de l'Edit : » Au regard des biens à icelles veuves acquis » par *dons* & libéralités de leurs défunts maris, icelles n'en peuvent & ne » pourront faire part à leur nouveau mari ; ains elles ſeront tenues les » réſerver aux enfans communs d'entr'elles & leur mari, de la libéralité deſ- » quels iceux biens leur ſeront advenus ; le ſemblable voulons être gardé » ès biens qui ſont venus aux maris par dons & libéralités de leurs défuntes » femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire don à leur ſeconde femme ; » mais ſeront tenus les réſerver aux enfans qu'ils auront eu de leur » premiere. »

Cette ſeconde diſpoſition de l'Edit eſt tirée de la Conſtitution des Empereurs Gratien, Valentinien & Théodoſe, en la Loi *Fœminæ* 3, *Cod. de ſec. nupt.*, où il eſt dit : *Fœminæ quæ ſuſceptis ex priore matrimonio filiis ad ſecundas tranſierunt nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum, ſponſalium jure, etiam ex nuptiarum ſolemnitate perceperunt, aut quidquid mortis cauſâ donatum, aut teſtamento. . . . vel cujuſlibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis priorum maritorum fuerint aſſecutæ ; id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios quos ex præcedente conjugio habuerint, tranſmittant, vel ad quemlibet ex filiis ( prioris matrimonii ) . . . . habeant facultatem poſſidendi tantùm, atque fruendi in diem vitæ, non etiam facultate alienandi conceſſâ.*

Par la Loi 5, *Cod. d. tit.* Théodoſe & Valentinien étendent aux hommes qui convolent en ſecondes noces, ce qui avoit été ordonné, à l'égard des femmes, par la Loi précédente : ils ordonnent en conſéquence, que les hommes qui convolent en ſecondes noces, ſoient tenus de conſerver aux

enfans de leur premier mariage, les biens qui leur ſont parvenus de leur femme par leur premier mariage; ils en attribuent même expreſſément la propriété auxdits enfans : *Dominium rerum quæ liberis per hujus legis, vel præteritarum auctoritatem ſervantur, ad liberos pertinere decernimus; itaque defuncto eo qui eas res liberis ſervabat extantes. . . . vindicabunt, conſumptas ab heredibus ejus exigent.* Ils permettent néanmoins encore par cette loi, au parent qui s'eſt remarié, de diſtribuer à ſon gré leſdits biens aux enfans de ſon premier mariage, auxquels il eſt tenu de les conſerver.

Juſtinien, par ſes Novelles 2, *cap.* 1 & 22, *cap.* 25, a privé le parent, qui s'étoit remarié, du droit de diſtribuer à ſon choix, entre les enfans du premier mariage, les biens qu'il eſt tenu de leur réſerver.

Pour traiter avec ordre ce qui concerne le ſecond chef de l'Edit, nous verrons dans un premier article quels ſont les avantages des précédens mariages qui ſont ſujets à la diſpoſition de l'Edit. Nous traiterons dans un ſecond, de l'eſpece de ſubſtitution légale, dont l'Edit charge la femme ou l'homme qui ont paſſé à de ſecondes noces, par rapport aux biens provenus deſdits avantages. Nous verrons dans un troiſieme, quels ſont les enfans qui ſont appellés à recueillir cette ſubſtitution. Enfin, dans un quatrieme, nous verrons quand elle s'éteint.

## ARTICLE PREMIER.

### *Quels avantages du premier mariage ſont ſujets au ſecond chef de l'Edit.*

605. Quoique l'Edit ſe ſerve de ces termes : au regard des biens à icelles veuves acquis par *dons & libéralités* de leurs défunts maris, néanmoins nous ne comprenons pas ſeulement dans cette ſeconde diſpoſition de l'Edit, ce qu'une femme a acquis à titre de donation formelle & proprement dite, à elle faite par ſes précédents maris; mais encore tout ce qui lui eſt provenu des avantages réſultans des conventions matrimoniales de ſes précédens mariages, & en général tous les biens dont ſes précédens maris ont diſpoſé directement ou indirectement à ſon profit, à titre gratuit.

D'après ce principe, on peut entrer dans le détail des différens avantages qui doivent être ſujets au ſecond chef de l'Edit.

606. On demande ſi ce qu'une femme a eu en propriété des biens de ſon premier mari à titre de douaire, y eſt entiérement ſujet, ou ſeulement juſqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit la valeur du coutumier. La raiſon de douter, eſt que c'eſt la loi qui donne aux femmes un douaire : celui qu'un mari donne à une femme, n'eſt, juſqu'à la concurrence de la valeur du douaire coutumier, qu'un équivalent de celui que la loi lui donne, & n'eſt pas proprement ni un don, ni une libéralité qu'il lui fait; qu'en conſéquence on a décidé, à l'égard du premier chef de l'Edit, que le douaire qu'un homme donnoit à ſa ſeconde femme, n'étoit ſujet à la réduction du premier chef de l'Edit, que juſqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit le coutumier. Nonobſtant ces raiſons, il faut décider avec Ricard, *l'art. III, nomb.* 1343

que les biens qu'une femme a eus à titre de douaire de ſon premier mari, ſont ſujets au ſecond chef de l'Edit, & qu'ils doivent être réſervés en entier aux enfans du premier mariage. Le douaire que la loi donne aux femmes n'eſt qu'un uſufruit : ce n'eſt donc pas de la loi, c'eſt de ſon premier mari que la femme tient la propriété des biens qu'il lui a donnés à titre de douaire, & c'eſt à un titre gratuit, puiſqu'elle n'a rien donné du ſien pour les avoir ; ce qui ſuffit, ſuivant notre principe, pour qu'ils ſoient compris dans la réſerve du ſecond chef de l'Edit.

Lorſque le douaire conſiſte en uſufruit, il eſt évident qu'il ne peut pas réſerver après ſa mort, aux enfans de ſon premier mariage, ce qui s'éteint par ſa mort.

607. Le préciput conventionnel, accordé à la femme par le contrat de ſon premier mariage, eſt auſſi un avantage ſujet au ſecond chef de l'Edit, pour la moitié, en cas d'acceptation de communauté. Si elle a eu un préciput en renonçant à la communauté, ce préciput, en ce cas, eſt un avantage pour le total, & eſt ſujet pour le total à la réſerve du ſecond chef de l'Edit.

Pareillement le préciput de l'homme eſt, pour la moitié, un avantage qu'il eſt cenſé avoir eu dans les biens de ſa défunte femme, ſi les enfans ont accepté la communauté : s'ils y ont renoncé, il n'y a plus de préciput

Il en eſt autrement du préciput légal que quelques Coutumes accordent aux nobles : le ſurvivant ne tient rien à cet égard du prédécédé, ni des biens du prédécédé ; c'eſt un avantage purement légal que la loi lui donne au partage de la communauté, qui ne peut par conſéquent être ſujet à la réſerve de l'Edit ; *Ricard*, *p.* 3, *n.* 1340 *&* 1341.

608. L'avantage qui réſulte à une femme de ce que ſon défunt mari a apporté plus qu'elle à la communauté, paroît auſſi, lorſqu'elle l'a accepté, être un avantage ſujet au ſecond chef de l'Edit, pour la moitié de ce qu'il a apporté de plus qu'elle.

Il en eſt de même de celui qui réſulte à l'homme de ce que ſa défunte femme a apporté de plus que lui en communauté ; c'eſt un avantage pour la moitié, ſi les enfans ont accepté la communauté, & même pour le total, lorſqu'ils y ont renoncé, & qu'il n'y avoit pas clauſe de repriſe de cet apport à leur profit ; *Ricard*, 1347.

609. Suivant la Loi 3, §. 1, *Cod. de ſec. nupt.* les biens qu'une femme qui a convolé en ſecondes noces recueilloit des ſucceſſions de quelques-uns de ſes enfans de ſon premier mariage, devoient être par elle réſervés aux autres enfans de ſon premier mariage ; la loi ne lui en laiſſoit que la jouiſſance. Théodoſe le jeune & Valentinien III, par la Loi *ad SC. Tertull.* avoient reſtreint cette Loi, en ne comprenant pas dans la réſerve généralement tous les biens que la mere avoit eu deſdites ſucceſſions, mais ſeulement ce que les enfans auxquels elle avoit ſuccédé, avoient eu du bien de leur pere.

Juſtinien, après avoir aboli ce droit par ſa Novelle 2, *cap.* 3, l'avoit rétabli par ſa Novelle 22, *cap.* 46 ; mais ſeulement pour le cas auquel la mere avoit ſuccédé *ab inteſtato* à ſes enfans ; *ſecùs*, lorſque la ſucceſſion étoit une ſucceſſion teſtamentaire.

Nous n'avons pas admis en pays coutumier cette réſerve des biens auxquels la femme qui a convolé en ſecondes noces, a ſuccédé à quelqu'un de ſes enfans du premier mariage: quoiqu'ils viennent du premier mari par le canal de cet enfant, elle ne les tient point de ſon premier mari; elle ne les tient point de ſon premier mariage; le titre de ſucceſſion auquel ils lui ſont échus, eſt un titre tout différent. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt cité par Ricard, *n.* 1363, rendu *conſultis claſſibus.*

610. Il en eſt de même des biens-meubles de la ſucceſſion du premier mari, que ſa veuve, qui a convolé en ſecondes noces, a eu en qualité de gardienne noble des enfans de ſon premier mariage; ils ne ſont point ſujets à la réſerve de l'Edit. Cette femme ne les tient pas de ſon premier mari; elle ne les a pas recueillis comme biens de ſon premier mari, mais comme biens de ſes enfans, qui lui appartenoient à titre de garde noble.

La même déciſion a lieu à l'égard du gardien noble qui a convolé à de ſecondes noces.

611. A plus forte raiſon la réparation civile qui a été adjugée à une femme contre le meurtrier de ſon premier mari, n'eſt pas ſujette à la réſerve du ſecond chef de l'Edit; car cette femme ne l'a eue ni d'un don de mari, ni même des biens de ſon mari. Ricard, *n.* 1348, cite deux Arrêts de Toulouſe qui l'ont ainſi jugé.

612. Ce qui a été donné, ſoit à un homme, ſoit à une femme par ſon contrat de mariage, & en faveur de ſon mariage, par autre que par ſon mari, n'eſt pas non plus un avantage qui doive être conſervé aux enfans de ce mariage, lorſque cet homme ou cette femme ſe remarient. L'Edit s'explique en ces termes: *Au regard des biens à icelles veuves acquis des dons & libéralités de leurs défunts maris;* ces termes ne comprennent que ce qui a été donné à ces veuves *par leurs défunts maris*; ils ne peuvent s'appliquer à ce qui leur a été donné par d'autres; Ricard, *p.* 3, *n.* 1352.

## ARTICLE II.

### *De l'eſpece de ſubſtitution légale dont l'Edit charge la femme ou l'homme qui ſe remarient.*

613. L'Edit ordonne, à l'égard des biens acquis par les veuves des dons & des libéralités de leurs défunts maris, *qu'elles ſeront tenues de les réſerver aux enfans communs d'entr'elles & leurs maris, de la libéralité deſquels leſdits biens ſeront advenus.*

Par ces termes, *ſeront tenues les réſerver*, l'Edit charge la femme d'une eſpece de ſubſtitution fidéicommiſſaire envers les enfans de ce mariage.

La Loi feint, en faveur deſdits enfans, que le premier mari n'a donné à ſa femme les biens qu'il lui a donnés, que ſous la condition tacite qu'au cas auquel elle convoleroit à un autre mariage, elle ſeroit tenue de les reſtituer après ſa mort à leurs enfans communs. La ſuppoſition de cette charge eſt fondée ſur ce qu'il y a lieu de préſumer que ſi le premier mari eût prévu que ſa femme ſe remarieroit, il auroit appoſé cette charge à ſa do-

nation, & n'auroit pas voulu souffrir que la femme pût faire passer dans des familles étrangeres, au préjudice de leurs enfans communs, aucune chose de ce qu'il lui donnoit.

*Quid*, si le premier mari avoit expressément permis à sa femme de disposer librement des choses qu'il lui avoit données, & qu'il eût, pour cet effet, déclaré qu'il lui faisoit remise des peines de l'Edit des secondes noces? Il a été jugé par un Arrêt rendu en forme de Réglement, cité par Denisart, que ces remises des peines de l'Edit étoient nulles, & n'avoient aucun effet: c'est pourquoi, même en ce cas, la femme qui se remarie, est censée chargée de restituer après sa mort, aux enfans de son premier mariage, tout ce qu'elle a eu de la libéralité de son premier mari. Si ce n'est pas lui en ce cas qui l'en a chargée, c'est la loi qui l'en charge à sa place, & qui supplée à ce que le devoir de la piété paternelle pour les enfans exigeoit qu'il fît pour eux.

Ces termes, *seront tenus les réserver*, donnent aussi à entendre que l'Edit n'a pas intention de dépouiller de son vivant la femme qui a convolé en secondes noces, des biens qui lui sont venus de son premier mari, & qu'il se contente de la charger, par rapport auxdits biens, d'une substitution qui ne doit être ouverte que lors de sa mort.

Cette femme demeure donc jusqu'à sa mort, qui doit donner ouverture à la substitution, propriétaire des biens compris dans cette substitution légale: les enfans du premier mariage, au profit desquels elle est faite, n'y ont, jusqu'à ce temps, aucun droit: c'est pourquoi ceux qui prédécédent leur mere, n'en peuvent rien transmettre dans leur succession.

Lors de la mort de la femme qui donne ouverture à cette espece de substitution, les enfans du premier mariage recueillant ces biens, en vertu de cette substitution légale, sont censés les tenir, non de leur mere, mais de leur pere qui est censé avoir fait tacitement à leur profit cette substitution, & en avoir chargé leur mere par la donation qu'il lui a faite. Cela est conforme à ce principe de Droit, que dans toutes substitutions fidéicommissaires, les substitués sont censés tenir les biens compris en la substitution, non de la personne grevée, mais de l'auteur de la substitution, c'est-à-dire, de la personne qui a fait la substitution à leur profit: *accipiunt à gravante, non à gravato.*

614. De ce principe suivent plusieurs Corollaires.

*Corollaire premier.* Les immeubles que la femme qui a convolé en secondes noces tenoit des dons & avantages à elle faits par son premier mari, & qu'elle est tenue, en conséquence, de réserver à ses enfans du premier mariage, sont en la personne desdits enfans, qui les ont recueillis à la mort de leur mere, des propres paternels: c'est une suite de notre principe que lesdits enfans les tiennent de leur pere, qui est censé ne les avoir donnés à leur mere, qu'à la charge de les leur rendre. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, sur l'article 147 de la Coutume de Paris, *n.* 6. Il décide pareillement, à l'égard de l'homme qui a convolé à de secondes noces, que les immeubles qui lui ont été donnés par sa premiere femme, sont, après sa mort, en la personne des enfans de la premiere femme, des propres maternels.

615. *Corollaire II.* Les biens que la femme qui a convolé en ſecondes noces eſt tenue de réſerver aux enfans de ſon premier mariage, ne s'imputent point ſur la légitime qui leur eſt due dans les biens de leur mere ; c'eſt encore une ſuite de notre principe, qu'ils ne les tiennent pas de leur mere, mais de leur pere, qui eſt cenſé ne les avoir donnés à leur mere, qu'à la charge de les leur rendre.

Il faut décider la même choſe à l'égard de l'homme qui a convolé en ſecondes noces.

616. *Corollaire III.* La femme qui s'eſt remariée, ne peut obliger ni aliéner les immeubles qui lui viennent des dons que lui en a fait ſon premier mari, ſi ce n'eſt à la charge de la ſubſtitution légale dont elle eſt tenue envers les enfans de ſon premier mariage ; car ne les tenant qu'à cette charge, elle ne peut transférer à d'autres ſur leſdits biens plus de droit qu'elle n'en a elle-même. C'eſt pourquoi, lorſque la ſubſtitution légale eſt ouverte par ſa mort au profit des enfans de ſon premier mariage, les hypotheques dont elle avoit chargé leſdits biens, s'évanouiſſent, & les enfans peuvent revendiquer ſur les tiers-détenteurs, les immeubles compris dans cette ſubſtitution lorſqu'elles les a aliénés.

Lorſque c'eſt à titre de donation que la femme a aliéné les héritages compris dans cette ſubſtitution légale, les enfans du premier mariage, au profit de qui la ſubſtitution légale a été ouverte, peuvent les révendiquer contre les tiers-détenteurs, non-ſeulement lorſqu'ils ont renoncé à la ſucceſſion de leur mere, mais même dans le cas auquel ils ſeroient ſes héritiers ; car la donation étant un titre qui n'oblige pas le donnateur, ni par conſéquent ſes héritiers, à la garantie de la choſe donnée, la qualité de leur mere, qui a aliéné ces héritages à titre de donation, ne peut être un obſtacle au droit qu'ont de leur chef ces enfans de les révendiquer.

Mais ſi les enfans du premier mariage étoient héritiers de leur mere, qui les a vendus ou aliénés à quelqu'autre titre onéreux qui donne lieu à la garantie, leſdits enfans étant en ce cas tenus, pour la part dont ils ſont héritiers de leur mere, de la garantie qui eſt due à l'acquéreur, ils ne ſeroient pas recevables pour cette part à les révendiquer, ſuivant la regle, *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

On oppoſera peut-être que, par l'Ordonnance des ſubſtitutions, *p. 2, art.* 31, les ſubſtitués, au profit de qui une ſubſtitution a été ouverte, quoiqu'ils ſoient héritiers du grevé qui a aliéné des biens compris en la ſubſtitution, ſont néanmoins reçus à révendiquer les biens compris en la ſubſtitution qu'il a aliénés, en offrant de rembourſer l'acquéreur du prix qu'il a payé, & des loyaux-coûts. La réponſe eſt que cette diſpoſition de l'Ordonnance étant établie pour les véritables ſubſtitutions par une raiſon de faveur particuliere, contre les principes du Droit, étant *jus ſingulare contra rationem juris introductum*, elle ne doit pas être étendue à des ſubſtitutions fictives & légales ; d'autant plus qu'il y a, à cet égard, une grande différence entre ces ſubſtitutions légales & les véritables ſubſtitutions ; celles-ci par leur publication & inſinuation ſont réputées devoir être connues de ceux qui acquierent d'un grevé ; ils ſont cenſés avoir bien voulu courir le riſque

que de l'éviction dans le cas de la ſubſtitution dont ils avoient ou devoient avoir connoiſſance. Il n'en eſt pas de même de ces ſubſtitutions légales : ceux qui acquierent des biens d'une femme qui a convolé en ſecondes noces, ne ſont pas obligés de ſçavoir quels ſont ceux qu'elle eſt obligée de réſerver aux enfans de ſon premier mariage.

617. Obſervez que les enfans du premier mariage peuvent revendiquer les héritages donnés à la mere par leur pere, quoiqu'elle les ait aliénés avant ſon ſecond mariage; car ces héritages lui ayant été donnés ſous la condition tacite de les reſtituer à ſes enfans du premier mariage, elle eſt cenſée y être obligée par l'acte même de la donation qui lui en a été faite. C'eſt pourquoi, quoiqu'elle n'eût pas encore convolé à un autre mariage lorſqu'elle les a aliénés, elle étoit néanmoins dès-lors obligée à les reſtituer dans le cas auquel elle convoleroit ; les biens étoient dès-lors affectés à cette reſtitution, ſi le cas de convol arrivoit: la condition étant depuis arrivée, elle a un effet rétroactif qui donne aux enfans le droit de revendiquer leſdits biens après la mort de leur mere.

618. *Corollaire IV.* Lorſque c'eſt d'une ſomme d'argent ou d'effets mobiliers que la femme qui a convolé en ſecondes noces, a été avantagée par ſon premier mari, ce ne ſont pas ces choſes en nature qu'elle eſt obligée de réſerver aux enfans de ſon premier mariage; c'eſt une ſomme pareille à celle qu'elle a reçue, ou la valeur des effets mobiliers qu'elle a reçus eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la donation. Les enfans, pour la reſtitution de cette ſomme, ont hypotheque ſur les biens de leur mere, du jour de l'acte qui renferme la donation ou l'avantage ; car la donation étant cenſée lui avoir été faite à la charge de cette reſtitution, dans le cas auquel elle ſe remarieroit, elle eſt cenſée l'avoir acceptée à cette charge, & s'être obligée par cet acte à cette reſtitution.

619. *Corollaire V.* La femme qui a convolé en ſecondes noces, ne peut avantager, après ſa mort, l'un de ſes enfans de ſon premier mariage, plus que les autres enfans dudit mariage, dans les biens qu'elle a eus de ſon premier mari, qu'elle eſt tenue de leur réſerver : c'eſt encore une ſuite du principe que les enfans ne tiennent point ces biens de leur mere.

C'eſt une différence qui eſt à remarquer entre l'Edit & les loix du Code que nous avons ci-deſſus rapportées : celles-ci laiſſoient, ſoit à la femme, ſoit à l'homme qui avoient convolé en ſecondes noces, la faculté de choiſir entre les enfans de leur premier mariage, ceux auxquels ils reſtitueroient les biens qu'elles leur ordonnoient de leur reſtituer ; mais l'Edit ordonne purement & ſimplement que la femme ou l'homme qui convolent, réſerveront aux enfans de leur premier mariage. La ſubſtitution eſt faite indiſtinctement à tous ; la femme ou l'homme qui en ſont grevés, ne peuvent pas prétendre le droit de choiſir entre ces enfans, que l'Edit ne leur a pas accordé, n'en étant fait aucune mention dans l'Edit.

620. *Corollaire VI.* Les biens que l'Edit ordonne à la femme, qui a convolé en ſecondes noces, de réſerver aux enfans de ſon premier mariage, doivent tellement appartenir après ſa mort à ces ſeuls enfans, que ceux de tous les autres mariages n'y peuvent rien prétendre, quand même leur mere

n'auroit laiſſé aucuns autres biens dans leſquels ils puſſent avoir une légitime. C'eſt encore une ſuite de nos principes : ces biens étant cenſés n'avoir été donnés à la femme par ſon premier mari qu'à la charge qu'en cas de convol à de ſecondes noces, elle les reſtitueroit après ſa mort aux enfans du premier mariage, cette reſtitution eſt une véritable dette de ſa ſucceſſion. Or la légitime ne peut ſe prendre que ſur ce qui reſte des biens après les dettes acquittées ; & s'il ne reſte rien, les enfans n'ont rien à prétendre pour leur légitime.

Il reſte une queſtion : les enfans du ſecond mariage n'ayant aucune part dans les biens qui ſont parvenus à leur mere, des dons & avantages à elle faits par ſon premier mari, ſont-ils bien fondés à prétendre que ceux du premier mariage ne doivent pareillement avoir aucune part dans ceux qui ſont parvenus à leur mere des dons & avantages à elle faits par ſon ſecond mari, lorſqu'elle n'a pas convolé à de troiſiemes noces ? Les enfans du ſecond mariage ne ſont pas fondés dans cette prétention ; leur mere n'ayant pas convolé à un troiſieme mariage, n'a pas été obligée de leur réſerver & reſtituer les biens qu'elle a eus des dons & avantages à elle faits par leur pere : ces biens ſe trouvent dans la ſucceſſion de leur mere, de même que tous ſes autres biens libres, auxquels tous les enfans, tant du premier que du ſecond mariage, ont un égal droit.

Mais ſi la mere avoit convolé à un troiſieme mariage, ayant contracté par ce convol l'obligation de réſerver & de reſtituer après ſa mort, aux enfans de ſon ſecond mariage, les biens qu'elle a eus des dons & avantages à elle faits par ſon ſecond mari, leſdits biens devroient en ce cas appartenir aux ſeuls enfans du ſecond mariage, à l'excluſion de ceux tant du premier que du troiſieme.

621. Tout ce qui a été dit dans cet article, par rapport à la ſubſtitution légale dont la femme qui convole à un ſecond ou autre mariage, eſt cenſée chargée, s'applique pareillement à l'homme qui a convolé.

## ARTICLE III.

*Quels ſont les enfans qui ſont appellés à recueillir la ſubſtitution légale établie par le ſecond chef de l'Edit. L'aîné y prend-il ſon droit d'aîneſſe ; & quand s'éteint-elle.*

### §. I.

*Quels ſont les enfans qui ſont appellés.*

622. Suivant les termes de l'Edit, *les veuves qui auront acquis des biens par dons & libéralités de leurs défunts maris..... ſeront tenues les réſerver aux enfans communs d'entr'elles & leurs maris, de la libéralité deſquels iceux biens leur ſeront advenus.*

Cette ſubſtitution légale eſt donc déférée par l'Edit aux ſeuls enfans nés du mariage de leur mere avec le mari qui l'a avantagée des biens qui y ſont compris.

Sous le terme d'*enfans*, les petits-enfans iſſus de ce mariage, doivent être cenſés compris, ſuivant la regle, *liberorum appellatione nepotes continentur.* C'eſt pourquoi, lorſque le fils ou la fille de qui ils ſont iſſus eſt mort avant l'ouverture de cette ſubſtitution, ils doivent prendre dans les biens qui y ſont compris, la part qu'y eût eu leur pere ou leur mere qu'ils repréſentent.

623. Les enfans appellés à cette ſubſtitution légale, ne tenant pas de leur mere les biens qui y ſont compris, mais plutôt de leur pere qui eſt cenſé ne les avoir donnés qu'à la charge de les reſtituer après ſa mort, c'eſt une conſéquence que pour les recueillir, il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere.

Il n'eſt pas même néceſſaire que ces enfans, pour recueillir cette ſubſtitution, ſoient héritiers de leur pere; car leur pere eſt cenſé avoir chargé ſa femme, en cas de convol, de les leur reſtituer, non dans la qualité de *ſes héritiers*, mais dans la ſeule qualité de ſes enfans.

624. C'eſt une queſtion, s'il n'eſt pas au moins néceſſaire, pour recueillir cette ſubſtitution légale, que l'enfant ait eu le droit de venir à la ſucceſſion de ſon pere; & ſi en conſéquence, la fille qui, par ſon contrat de mariage, y a renoncé en faveur de ſes freres, ou qui ayant été dotée, eſt exclue par la Coutume, doit être exclue de prendre part aux biens compris dans cette ſubſtitution légale avec les autres enfans qui y ſont appellés? Il ſemble qu'ils ne devroient pas en être exclus, puiſque les biens compris dans cette ſubſtitution légale, ne ſont partie ni de la ſucceſſion du pere, ni de celle de la mere.

Néanmoins Ricard, *pag.* 3, *n.* 1308, 1309, décide que les filles qui ſont exclues par les Coutumes, de la ſucceſſion de leur pere qui les a dotées, & pareillement celles qui par leur contrat de mariage, y ont renoncé, ne ſont pas admiſes à partager avec leurs freres, au profit deſquels elles ont renoncé, les biens que leur mere eſt obligée de réſerver & de reſtituer à ſes enfans iſſus du mariage avec leur pere.

La raiſon ſur laquelle Ricard ſe fonde, eſt que ſuivant ce qui paroît par le préambule de l'Edit, la vue de l'Edit, dans l'un & l'autre chef, a été de ſubvenir aux enfans, par rapport au préjudice qu'ils ſouffroient du convol de leur mere à un ſecond ou autre ſubſéquent mariage.

L'Edit, par le premier chef, leur ſubvient, en retranchant à leur profit ce qu'il y a d'exceſſif dans les donations faites par leur mere à ſes ſecond ou autres ſubſéquens maris; mais comme il n'y a que ceux de ſes enfans qui avoient droit de venir à ſa ſucceſſion, qui ſouffrent de ces donations exceſſives, nous avons vu *ſuprà*, *n°.* 492, que l'Edit étoit préſumé n'avoir eu qu'eux en vue, & qu'en conſéquence il n'y avoit qu'eux qui fuſſent admis à recueillir la portion que l'Edit en retranchoit.

Pareillement, l'Edit dans le ſecond chef, ayant eu pour fin d'empêcher que les enfans ne ſouffriſſent préjudice des donations faites par leur pere à leur mere qui s'eſt remariée, en empêchant qu'elle ne pût faire paſſer ni à ſes nouveaux maris, ni aux enfans qui naîtroient de ſes autres mariages, ni à quelqu'autre perſonne que ce ſoit, les biens qui y ſont compris; on doit pareillement préſumer que l'Edit n'a eu en vue que ceux des enfans aux-

quels ces donations & le convol de leur mere pouvoient cauſer quelque préjudice, & qu'en conſéquence il n'a entendu appeller qu'eux à la réſerve ou ſubſtitution faite par le ſecond chef de l'Edit, & non les filles exclues de la ſucceſſion de leur pere, auxquelles ni leſdites donations, ni le convol de leur mere n'ont pu porter aucun préjudice ; puiſque quand même les donations n'auroient pas été faites, étant exclues de la ſucceſſion, elles n'auroient jamais pu profiter des biens donnés.

Ricard, *n.* 1389, pour confirmer ſon opinion, que s'il n'eſt pas néceſſaire d'être héritier pour être admis à cette ſubſtitution légale, il faut du moins être habile à l'être, rapporte un Arrêt du 26 Juin 1597, qui, dans la Coutume de Ponthieu, qui ne reconnoît d'autre héritier que le fils aîné, adjugea en conſéquence à l'aîné ſeul les biens qu'un mari avoit donnés à ſa femme qui s'étoit remariée.

Si les freres, en faveur deſquels les filles dotées étoient exclues de la ſucceſſion de leur mere, ſoit par la Coutume, ſoit par leur rénonciation, étoient tous prédécédés ſans aucune poſtérité qui les repréſentât, leſdites filles recouvrant en ce cas le droit de venir à la ſucceſſion de leur mere, recouvreroient, par la même raiſon, celui d'être admiſes à cette ſubſtitution.

Il n'eſt pas douteux qu'un enfant exhérédé pour une juſte cauſe par ſon pere, n'eſt pas cenſé appellé à la ſubſtitution des biens donnés par ſon pere à ſa mere qui s'eſt remariée ; ſon exhérédation l'en rend indigne.

Si l'enfant avoit été juſtement exhéréde par ſa mere, & ne l'avoit pas été par ſon pere, pourroit-il prétendre à cette ſubſtitution légale ? Il ſemble d'abord qu'il le peut ; car l'exhérédation faite par la mere ne l'exclut que des biens de la mere : mais les biens compris dans cette ſubſtitution, ſont des biens que les enfans qui y ſont appellés, ne ſont pas cenſés tenir de leur mere, mais de leure pere. Il y a néanmoins lieu de ſoutenir que l'enfant exhérédé par ſa mere ne peut prétendre cette ſubſtitution : la raiſon eſt que les dons & avantages qui ont été faits à la femme qui s'eſt remariée, par ſon défunt mari, lui ayant été faits purement & ſimplement, elle n'eſt, dans la vérité des choſes, chargée d'aucune ſubſtitution des biens qui lui ont été donnés par ſon défunt mari ; ce n'eſt que par une fiction de la loi, que ces biens ſont cenſés n'être pas ſes biens, & qu'on ſuppoſe la donation qui lui en a été faite par ſon défunt mari, avoir été faite à la charge de reſtituer les biens qui y ſont compris, aux enfans de ſon premier mariage ; mais cette fiction & cette ſuppoſition d'une ſubſtitution au profit des enfans du premier mariage, ne doivent avoir lieu qu'en faveur de ceux auxquels l'Edit a voulu ſubvenir : or l'Edit ayant été fait, comme il s'en explique dans le préambule, pour ſuppléer aux devoirs d'amour & de tendreſſe des veuves qui ſe remarient, envers les enfans de leurs précédens mariages, il eſt cenſé n'être fait qu'en faveur de ceux deſdits enfans envers leſquels leur mere qui s'eſt remariée, étoit tenue de ces devoirs : l'Edit n'eſt pas fait pour ceux deſdits enfans qui, pour des cauſes qui leur ont fait mériter l'exhérédation de leur mere, s'en ſont rendus indignes.

## §. II.

### *L'aîné a-t-il droit d'aîneſſe dans cette ſubſtitution.*

625. Il reſte la queſtion de ſçavoir ſi entre les enfans qui ſont appellés à cette ſubſtitution légale des biens donnés par leur pere à leur mere qui s'eſt remariée, l'aîné deſdits enfans doit prendre ſon droit d'aîneſſe dans les biens nobles qui s'y trouveroient compris. Ricard, *pag.* 3, *n.* 1390, décide que l'aîné a droit d'y prendre ſon droit d'aîneſſe, quoique les enfans ne recueillent pas ces biens à titre de ſucceſſion : la raiſon eſt que cette ſubſtitution légale étant établie par l'Edit comme un dédommagement du préjudice que ſouffrent les enfans des donations faites par leur pere à leur mere qui s'eſt remariée, l'aîné ſouffrant un plus grand préjudice de ces donations par rapport aux biens nobles qui s'y trouvent, dans leſquels il auroit exercé ſon droit d'aîneſſe, ſi ſon pere les eût laiſſés dans ſa ſucceſſion, il doit avoir dans la ſubſtitution qui eſt la réparation du préjudice fait aux enfans par la donation, une part proportionnée au préjudice qu'il ſouffre, & par conſéquent exercer ſon droit d'aîneſſe dans la ſubſtitution, comme il l'eût exercé dans la ſucceſſion, ſi la donation n'eût pas été faite.

Obſervez, 1°. qu'il ne ſuffit pas pour qu'un enfant puiſſe prétendre le droit d'aîneſſe dans les biens de cette ſubſtitution, qu'il ſoit l'aîné des enfans du mariage qui y ſont appellés, s'il y a un fils d'un précédent mariage, qui n'y eſt pas appellé ; car il n'y a de véritable fils aîné, que celui qui eſt l'aîné des enfans de tous les mariages : c'eſt pourquoi les biens de cette ſubſtitution ſe partageront en ce cas ſans aucune prérogative d'aîneſſe.

Obſervez, 2°. que quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire que les enfans qui recueillent cette ſubſtitution légale, ſoient héritiers de leur pere, l'aîné ne peut néanmoins y exercer ſon droit d'aîneſſe, s'il n'eſt héritier de ſon pere ; car les loix coutumieres qui accordent le droit d'aîneſſe, ne l'accordent qu'à l'aîné qui eſt héritier.

## §. III.

### *Quand s'éteint cette ſubſtitution.*

626. Cette ſubſtitution dont l'Edit greve la femme qui s'eſt remariée, étant établie en faveur des enfans de ſon mariage avec celui qui lui a fait les dons & avantages, & ne devant être ouverte qu'à la mort de cette femme, c'eſt une conſéquence qu'elle eſt éteinte par le prédécès de tous les enfans de ce mariage ſans aucune poſtérité qui les repréſente ; car il ne reſte plus perſonne au profit de qui elle puiſſe être ouverte.

C'eſt pourquoi les aliénations que la femme qui s'eſt remariée a faite des héritages à elle donnés par ſon premier mari, ſont en ce cas confirmées, ſoit que ces aliénations aient été faites avant, ſoit qu'elles aient été faites depuis ſon convol à un autre mariage.

La ſubſtitution eſt éteinte, non-ſeulement lorſqu'il ne reſte aucun enfant de ſon mariage avec ſon premier mari qui lui a fait la donation, mais encore

lorſque les ſeuls qui reſtent, ont été rendus incapables d'être admis à cette ſubſtitution, ayant été exhérédés, ſoit par leur pere, ſoit par leur mere

627. Lorſque la femme qui s'eſt remariée, devient veuve de ſon ſecond mari, ſans avoir aucun enfant de lui, Dupleſſis & Lemaître, ſur la Coutume de Paris, penſent que la ſubſtitution dont elle étoit chargée envers les enfans de ſon premier mariage, eſt en ce cas éteinte, & qu'elle recouvre la liberté d'aliéner & de diſpoſer, comme bon lui ſemblera, des biens qui lui ont été donnés par ſon premier mari. Leur raiſon eſt que le convol de la femme à un autre mariage, n'a fait en ce cas aucun préjudice à ſes enfans du premier mariage, & qu'elle redevient dans le même état que ſi elle ne s'étoit pas remariée. Cette opinion me paroît ſouffrir beaucoup de difficulté : l'Edit fait dépendre la ſubſtitution dont il charge la femme envers ſes enfans de ſon premier mariage, de deux conditions ; de ſon convol à un autre mariage, & de ſa mort avant leſdits enfans. La premiere eſt accomplie. Quoique la femme ſoit redevenue veuve ſans enfans de ſon ſecond mariage, il n'en eſt pas moins vrai qu'elle a convolé à de ſecondes noces ; ſa mort avant les enfans de ſon premier mariage, qui eſt la ſeule qui reſte à accomplir, doit donc donner ouverture à la ſubſtitution, & par conſéquent elle ne recouvre pas la liberté de diſpoſer de ſes biens ; elle continue de n'en pouvoir diſpoſer que *cum cauſâ fidei-commiſſi.*

## SECTION III.

### *De l'extenſion que la Coutume de Paris a donnée à l'Edit, par rapport aux conquêts que la femme qui ſe remarie a de ſes précédens mariages.*

628. La part qu'a eue la femme dans les biens de la communauté qui étoit entre elle & ſon premier mari, n'eſt point quelque choſe dont elle puiſſe être cenſée avoir été avantagée par ſon premier mari ; c'eſt de ſon chef qu'elle a cette part dans les biens de la communauté : elle ne la tient pas de ſon mari, étant cénſée avoir elle-même acquis ces biens ; ou ſi on veut qu'elle tienne de ſon mari, au moins la part qu'elle a dans les biens que ſon mari y a apportés, en ayant de ſa part apporté autant, elle ne la tient pas à titre lucratif.

Ces biens que la femme a eus pour ſa part de la communauté, n'étant donc pas des biens dont on puiſſe dire qu'elle a été avantagée par ſon premier mari, ils ne ſont pas compris dans la ſeconde partie de l'Edit ; néanmoins comme la femme eſt redevable de l'acquiſition de ces biens à l'induſtrie, aux ſoins, & à la collaboration de ſon premier mari, la Coutume de Paris, ſuivie en cela par notre Coutume d'Orléans, a jugé à propos, non pas d'étendre auxdits biens le ſecond chef de l'Edit, mais de ne pas laiſſer à cette femme, lorſqu'elle ſe remarie, la même liberté qu'elle a par rapport à ſes autres biens.

Voici comme elle s'en explique en l'article 279 : après avoir, dans la premiere partie de cet article, rapporté la teneur du premier chef de l'Edit,

en ces termes : » Femme convolant en ſecondes ou autres noces, ayant en-» fans, ne peut avantager ſon ſecond ou autre ſubſéquent mari de ſes pro-» pres & acquêts, plus que l'un de ſes enfans, » elle ajoute : » Et quant » aux conquêts faits avec ſes précédents maris, n'en peut diſpoſer aucu-» nement au préjudice des portions dont les enfans deſdits premiers maria-» ges pourroient amender de leurmere ; & néanmoins ſuccedent les enfans » des ſubſéquens mariages auxdits conquêts avec les enfans des mariages » précédents, *&c.* »

629. La Coutume, par cet article, n'établit pas une ſubſtitution légale de ces conquêts faits avec les précédents maris au profit des enfans des précédens mariages, pendant leſquels ils ont été faits, telle que celle que le ſecond chef de l'Edit établit à l'égard des biens dont la femme qui ſe remarie a été avantagée par ſes précédens maris. Au contraire, elle appelle expreſſément les enfans de ſes ſubſéquens mariages à ſuccéder à ces conquêts avec ceux des mariages pendant leſquels ils ont été faits : en cela leſdits conquêts ſont différents des biens dont la femme qui s'eſt remariée a été avantagée par ſes précédens maris.

630. La Coutume, dans cet article, ſe borne, par rapport auxdits conquêts, à reſtreindre la liberté de la femme qui s'eſt remariée, d'en diſpoſer, plus qu'elle ne l'eſt à l'égard de ſes autres biens.

1°. Au-lieu que la femme qui ſe remarie, peut, au préjudice des enfans de ſon premier mariage, diſpoſer & donner de ſes autres biens à ſon ſecond mari juſqu'à la concurrence d'une portion d'enfant : au contraire, aux termes de cet article, elle ne peut rien donner deſdits conquêts à ſes ſecond & autres ſubſéquens maris, au préjudice des enfans des précédens mariages pendant leſquels ils ont été faits.

2°. La femme qui eſt remariée, peut librement diſpoſer de ſes autres biens, ſauf la légitime de ſes enfans, envers d'autres perſonnes que ſon ſecond mari & celles qui paroîtroient par lui interpoſées ; au contraire, elle ne peut dipoſer deſdits conquêts envers quelque perſonne que ce ſoit, au préjudice des enfans du mariage pendant lequel ils ont été faits.

Nous traiterons, dans un premier Article, de la défenſe qui eſt faite par la Coutume, à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer, au profit de ſon ſecond ou autre ſubſéquent mari, des conquêts de ſes précédens mariages, au préjudice des enfans de ſes précédens mariages. Nous traiterons, dans un ſecond, de celle qui lui eſt faite d'en diſpoſer envers d'autres. Nous examinerons dans un troiſieme article, ſi l'extenſion faite par la Coutume à l'Edit, s'étend à l'homme qui s'eſt remarié, & ſi elle a lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

## ARTICLE PREMIER.

*De la défense faite par la Coutume à la femme qui se remarie, de disposer, au profit de ses second ou autres subséquens maris, des conquêts de ses précédens mariages, au préjudice des enfans des mariages pendant lesquels ils ont été faits.*

Nous verrons, dans un premier paragraphe, quels sont les biens compris dans cette défense: dans un second, l'effet de cette défense.

### §. I.

*Quels sont les biens compris dans cette défense.*

631. La premiere question qui se présente, est de sçavoir si cette défense comprend la part qu'a eue la femme dans tous les biens dont la communauté étoit composée, tant meubles qu'immeubles ; ou si elle se borne aux conquêts-immeubles ?

La question a été décidée par un Arrêt du 4 Mars 1697, rendu sur les Conclusions de M. d'Agueſſeau, alors Avocat-Général, qui a jugé que la défense comprenoit la part de la femme dans tous les biens de la communauté avec son défunt mari, soit meubles, soit immeubles. Nous avons le Plaidoyer de ce grand Magistrat dans cette cause, au IV^e^ tome de ses Œuvres; c'est le quarante-unieme Plaidoyer: la question y est discutée dans la perfection.

Pour borner la défense aux seuls immeubles, on alléguoit que le terme de *conquêts*, dont se sert la Coutume de Paris dans cette disposition, est un terme qui se prend plutôt pour les immeubles que pour les meubles; que la disposition de la Coutume de Paris sur ce point, est une loi pénale, qu'on doit plutôt par conséquent restreindre qu'étendre; d'où on concluoit que le terme de *conquêts* doit, dans cette disposition de la Coutume, se prendre dans sa signification la plus ordinaire pour les seuls immeubles de la communauté, & ne doit pas être étendu aux meubles.

A cela M. l'Avocat-Général répond, que la disposition de la Coutume de Paris sur ce point, n'est pas une loi pénale: » Le terme de *Loi penale* » est, dit-il, une de ces expressions dont on abuse souvent. Il y a deux » sortes de loix auxquelles on l'applique : aux unes proprement, & ce sont » celles qui contiennent de véritables punitions ; aux autres improprement, » & ce sont celles qui restreignent en quelque maniere la liberté naturelle » à tous les hommes. Ces dernieres sont des loix *restrictives*, *prohibitives*, » *loix de précaution* ; mais elles ne sont pas pour cela des loix *pénales*. Ainsi, » par exemple, dira-t-on, que la loi qui défend à un mari de donner » à sa femme, soit une loi *pénale* ; que les loix qui défendent de » priver les héritiers du sang d'une portion des propres, soient des loix » pénales, *&c.* »

» Il en est de même des loix qui regardent les secondes noces. Que sont » ces

» ces loix ? Elles défendent les libéralités exceſſives ; elles veulent que ce » qui eſt acquis à l'occaſion du premier mariage, ne puiſſe, au préjudice » des enfans communs, paſſer en des mains abſolument étrangeres. Elles » n'ordonnent aux maris & aux femmes que ce que la droite raiſon, ce que » la ſageſſe & la prudence, ce que l'amour des enfans inſpire naturellement » & ſans loi à un bon pere de famille ; & peut-on appeller du nom » de *peine*, ce que la raiſon ſuggere, ce que la prudence dicte, ce que » la tendreſſe inſpire ? »

Bien-loin que la diſpoſition de la Coutume de Paris ſur ce point, ſoit une loi pénale, c'eſt, au contraire, une loi favorable. En effet, quel eſt le motif & le fondement de cette loi ? Ce n'eſt pas tant la haine des ſeconds mariages, que la faveur des enfans ; puiſqu'auſſi-tôt que cette raiſon de la faveur des enfans ceſſe par leur prédécès, tout l'effet de la loi ceſſe, & toutes les donations, & toutes les aliénations faites par la femme contre la diſpoſition de la loi, deviennent valables. Cette loi, fondée uniquement ſur la *faveur* des enfans, eſt donc une loi *favorable* : » Elle eſt, » dit M. l'Avocat-Général, favorable par ſon motif, qui ne tend qu'à la » conſervation du patrimoine des enfans : favorable par ſa diſpoſition, puiſ- » qu'elle n'impoſe aux maris & aux femmes que ce que la droite raiſon » exige d'eux ſans le ſecours de la loi. »

M. l'Avocat Général, après avoir établi que la diſpoſition de la Coutume ſur ce point n'eſt pas une loi pénale qui doive être reſtreinte, mais une loi favorable, ſuſceptible d'interprétation, vient enſuite à l'interprétation du terme *conquêts* que la Coutume a employé, & il prouve que ce terme doit s'entendre tant des biens-meubles, que des immeubles que la femme qui s'eſt remariée a eus de la communauté avec ſon premier mari : il le prouve, en premier lieu, par le texte même de l'article 279, où ſe trouve cette diſpoſition, en comparant la ſeconde partie à la premiere. Il eſt dit dans la premiere, que la femme ne peut avantager ſon ſecond mari *de ſes propres & ACQUETS plus que l'un de ſes enfans :* il ne peut pas être douteux que la Coutume ne borne pas ici aux ſeuls immeubles le terme d'*acquêts*, & qu'elle comprend, ſous ce terme, tant les biens meubles que les immeubles de la femme ; car la Coutume n'a pu, ni par conſéquent voulu reſtreindre aux immeubles le premier chef de l'Edit, qui a compris en termes formels les meubles auſſi-bien que les immeubles.

La Coutume ayant compris, dans la premiere partie de l'article, ſous le terme d'ACQUETS, tant les biens-meubles que les immeubles, comme on ne peut pas en douter : dans la ſeconde partie, où il eſt dit : *Et quant aux CONQUETS faits avec ſes précédens maris, n'en peut en diſpoſer*, on doit pareillement entendre, ſous le terme de *conquêts*, tant les biens-meubles que les immeubles de ſa premiere communauté. Le terme de *conquêts* n'a pas une ſignification plus bornée aux immeubles que le terme d'*acquêts*.

M. l'Avocat-Général prouve, en ſecond lieu, la ſignification du terme *conquêts* par les autres articles de la Coutume. Les immeubles d'une communauté ſont exprimés douze fois en différens articles de la Coutume, par ces termes *conquêts-immeubles*. Si, dans le langage de la Coutume, le terme

de *conquêts* ne ſignifioit que les immeubles, la Coutume n'ajouteroit pas à ce terme l'épithethe d'*immeubles*. Lorſque la Coutume parle des propres de ſucceſſion, elle ne dit jamais *propres-immeubles*, parce que le terme de *propre* renferme celui d'*immeubles*, n'y ayant que les immeubles qui ſoient propres. En donnant, au contraire, aux *conquêts* l'épithethe d'*immeubles*, elle déclare ſuffiſamment que dans ſon langage le terme *conquêts* n'a pas une ſignification bornée aux immeubles, & qu'il peut ſignifier les meubles auſſi-bien que les immeubles.

Il le prouve, en troiſieme lieu, par le rapport qu'a la diſpoſition de l'article 279 avec les loix antérieures. Cette diſpoſitton a rapport à l'Edit des ſecondes noces; elle en eſt une extenſion. De même donc que l'Edit n'a fait dans le premier ni dans le ſecond chef aucune diſtinction des meubles & des immeubles, & a également compris les uns & les autres dans ſes diſpoſitions, on doit croire que la Coutume a pareillement compris tant les meubles que les immeubles dans ſa diſpoſition, qui n'eſt qu'une extenſion de l'Edit.

Il le prouve, en quatrieme lieu, par la raiſon & le motif de la loi, & par les inconvénients qui naîtroient de l'opinion contraire.

La raiſon & le motif de la loi ont été, qu'il a paru équitable qu'une femme qui ſe remarie, conſerve d'une maniere plus particuliere, aux enfans de ſes précédens mariages, des biens dont elle eſt redevable aux ſoins & à la collaboration de leur pere, qui n'a collaboré avec elle pour les acquérir, que dans la vue de les tranſmettre aux enfans de leur mariage. Or cette raiſon milite également, ſoit que le fruit de cette collaboration conſiſte en biens-meubles ou en immeubles.

Les inconvénients de l'opinion contraire ſont, que la loi ſeroit imparfaite, ſi elle ne comprenoit dans ſa diſpoſition que les immeubles; car elle ne comprendroit pas un cas très-commun & très-important, qui eſt celui auquel toute une communauté ne conſiſte qu'en effets mobiliers, telles que ſont celles de pluſieurs Négocians & gens d'affaires.

La loi ſeroit auſſi, ſans cela, facile à éluder : un homme voyant ſa premiere femme infirme, pourroit, dans la vue d'en avantager une ſeconde, convertir en meubles les immeubles de ſa communauté.

Au contraire, nul inconvénient à comprendre les meubles dans la diſpoſition de la Coutume. Dira-t-on qu'une femme qui n'auroit d'autres biens que ceux de la communauté de ſon premier mari, n'auroit rien à donner à un ſecond mari, & trouveroit difficilement à ſe remarier ? Bien-loin que ce ſoit un inconvénient, *c'eſt*, dit M. d'Agueſſeau, *un bien public..... c'eſt le but des Légiſlateurs.*

Tout ceci n'eſt qu'un extrait très-imparfait du Plaidoyer de M. d'Agueſſeau ſur cette queſtion : il faut le voir au quatrieme tome de ſes Œuvres. Les Plaidoyers de ce grand Magiſtrat qu'on a donnés au public, ſont les plus parfaits modeles qu'il y ait jamais eu en ce genre : les moyens de la cauſe y ſont expoſés avec une préciſion & une clarté admirables; rien n'y eſt omis, & il n'y a rien de ſuperflu.

Sur le Plaidoyer de M. d'Agueſſeau, dont nous venons de rapporter l'extrait, eſt intervenu Arrêt du 4 Mars 1697, qui a jugé que les meubles de la

premiere communauté étoient compris dans la disposition de l'article 279. Cet Arrêt a fixé la Jurisprudence. Tous ceux qui ont écrit depuis, tiennent pour maxime que l'article 270 de la Coutume de Paris, comprend, sous le mot de *conquêts*, les meubles aussi-bien que les immeubles d'une communauté, & qu'il n'est pas plus permis d'avantager un second mari ou une seconde femme, des uns que des autres.

632. Dans l'espece de cet Arrêt, les biens-meubles qui étoient réclamés par les enfans du premier mariage, comme biens de la premiere communauté de leur pere, & que l'Arrêt jugea ne devoir pas entrer dans la donation de part d'enfant faite à la seconde femme, étoient des biens de cette communauté acquis durant cette communauté; c'étoit des créances que leur pere avoit contre le Roi pour des ouvrages faits durant sa premiere communauté, qui étoient encore dus.

Le mobilier que la femme a apporté en se mariant, à sa premiere communauté, est-il aussi compris sous les termes, *conquêts faits avec ses précédens maris*, de l'article 279? On peut dire, pour la négative, que la Coutume n'a pas dit, *& quant aux conquêts de ses précédens mariages*, ce qui comprendroit tous les biens dont la communauté du premier mariage est composée, tant ceux qui ont été apportés par les conjoints pour la composer, que ceux qui ont été acquis pendant qu'elle a duré: mais cette expression, *conquêts FAITS avec ses précédens maris*, paroissent ne comprendre que les choses acquises par le premier mari pendant que la communauté a duré, & non celles que les conjoints ont, en se mariant, apportées en communauté.

La raison qui paroît servir de fondement à la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts, est que la femme qui se remarie, est obligée à conserver d'une maniere plus particuliere aux enfans de son premier mariage, des biens dont elle est redevable aux soins & à la collaboration de leur pere qui les acquis à la communauté qu'elle a eue avec lui: or cette raison ne s'applique qu'aux biens que le premier mari a acquis à la communauté par les acquisitions qu'il a faites pendant qu'elle a duré, & non à ceux que la femme qui s'est remariée, avoit apportés à cette premiere communauté; ce qui confirme qu'il n'y a que les biens acquis pendant la communauté, & non ceux que les conjoints y ont apportés en se mariant, qui soient compris en la disposition de l'article 279.

Il paroît que la Jurisprudence du Châtelet de Paris avoit donné cette interprétation à l'article 279; car par un acte de notoriété de M. le Camus, du premier Mars 1698, il est attesté que pour régler la part d'enfant d'un second mari, l'usage est au Châtelet de faire, sur les biens que la femme a eus pour sa part de la premiere communauté, distraction de ce qu'elle y a apporté par son contrat de mariage en biens-meubles & biens ameublis, dans lesquels biens par elle apportés en sa premiere communauté, on accorde part d'enfant au second mari, comme dans les biens propres de ladite femme, & on ne la lui dénie que dans ce qui restoit à la femme des biens de la premiere communauté après la distraction faite.

Néanmoins par l'Arrêt de Garanger, rendu en la Grand'Chambre en 1698, qui est rapporté par les Annotateurs de Duplessis, au Traité des Donations,

*chap.* 1, *vers la fin*, il a été jugé que les deniers dotaux qu'une femme qui s'étoit remariée avoit apportés en communauté avec son premier mari, étoient compris en la disposition de l'article 279, & qu'elle n'en avoit pu rien donner à son second mari. Lacombe cite un Arrêt de la quatrieme des Enquêtes, du 1er. Septembre 1744, qu'il dit avoir jugé la même chose.

La réponse aux raisons alléguées pour l'opinion contraire, est que la raison tirée de la collaboration n'est pas la seule qui ait pu servir de motif à la disposition de l'article 279 qui concerne les conquêts; il y en a une autre, qui est que des personnes qui se remarient, en composant une communauté de biens, de même qu'en travaillant par la suite à l'augmenter, ont en vue les enfans qui doivent naître de leur mariage, auxquels ils se proposent de transmettre un jour les biens de cette communauté; c'est en leur considération qu'ils la composent, & qu'ils travaillent à l'augmenter; c'est à eux à qui ils destinent les biens de cette communauté. C'est pour cette raison que par l'ancien Droit, il n'y avoit que les enfans nés de ce mariage qui fussent héritiers desdits biens: c'est pareillement pour cette raison qu'une femme est obligée de conserver d'une maniere particuliere lesdits biens auxdits enfans, & que la Coutume ne lui permet pas, lorsqu'elle se remarie, d'en disposer à leur préjudice.

633. Quoique par les Arrêts que nous venons de citer, il ait été jugé que les biens apportés par une femme à la communauté de son premier mariage, étoient, de même que ceux acquis depuis, compris en la disposition de la Coutume, & que la femme n'en pouvoit rien donner à un second mari, néanmoins par un Arrêt du 24 Juillet 1741, rendu à l'Audience de la Grand'Chambre, sur les conclusions de M. Joli de Fleuri, & rapporté par Dénisart, il a été jugé qu'une femme avoit pu donner à son second mari part d'enfant dans une portion de maison qu'elle avoit apportée & ameublie à la communauté de son premier mariage.

Pour concilier cet Arrêt avec les précédens, on peut faire une distinction entre les effets mobiliers apportés à une communauté, & les immeubles qui y sont apportés & ameublis par une convention du contrat de mariage. Les effets mobiliers qu'ont les futurs conjoints lorsqu'ils se marient, étant de nature à composer leur communauté conjugale, dans laquelle ils entrent lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, ces effets mobiliers que des conjoints ont apportés pour composer leur communauté conjugale, sont dans tous les cas, regardés comme véritables & naturels conquêts de cette communauté, & par conséquent ils sont regardés comme tels dans le cas de la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts, & sont compris dans sa disposition. Au contraire, les immeubles qu'ont les futurs conjoints lorsqu'ils contractent mariage, n'étant pas de nature à composer leur communauté conjugale, & ne pouvant y entrer que par une clause spéciale du contrat de mariage, & par la fiction de l'ameublissement, ces immeubles apportés en communauté, qu'on appelle *propres ameublis*, ne doivent être regardés comme *conquêts* de cette communauté, que dans le cas de la fiction de l'ameublissement; c'est-à-dire, pour le cas de la communauté, à l'effet que les conjoints aient le même droit à l'égard desdits héritages ameu-

blis, qu'à l'égard des véritables conquêts ; que le mari puiſſe diſpoſer des héritages ameublis par ſa femme, de même que des véritables conquêts ; & que les héritages ameublis, tant de part que d'autre, ſoient après la diſſolution de la communauté, compris dans la maſſe qui eſt à partager des biens de la communauté ; mais hors le cas de la fiction de l'ameubliſſement, ces héritages ameublis ne doivent plus être regardés comme *conquêts* de la communauté, en laquelle ils avoient été apportés. C'eſt pourquoi les héritages qu'une femme qui s'eſt remariée avoit apportés & ameublis à la communauté de ſon premier mariage, ne doivent plus être regardés comme *conquêts*, ni être compris ſous ce terme dans le cas de la diſpoſition de l'article 279, ce cas n'étant pas le cas de la fiction, n'étant point un cas pour lequel ait été faite la clauſe d'ameubliſſement.

634. Lorſqu'après la mort du premier mari, la communauté a continué avec les enfans mineurs du premier mariage, faute d'inventaire, ces enfans ſont-ils fondés à prétendre, lorſque leur mere eſt remariée, que les biens-meubles & immeubles acquis par leur mere durant la continuation de communauté, ſont compris en la diſpoſition de l'article 279, & qu'elle n'en a pu rien donner à ſon ſecond mari ? Les termes de l'article 279, *& quant aux conquêts faits avec leurs précédens maris*, réſiſtent à cette prétention : on ne peut pas dire que des biens qu'une femme n'a acquis que depuis la mort de ſes précédens maris, ſoient des *conquêts faits avec ſes précédens maris*. Si la Coutume fait continuer la communauté depuis la mort du prédécédé juſqu'à l'inventaire, c'eſt une peine qu'elle établit en faveur des enfans contre le ſurvivant, qui, par ſa faute, en ne faiſant point d'inventaire, a mis ces enfans hors d'état de pouvoir conſtater la part qui leur appartient dans les biens dont la communauté étoit compoſée lors de la mort du prédécédé, & dont le ſurvivant leur doit compte ; cette peine ne doit avoir d'autre effet, que celui pour lequel elle a été établie ; ſçavoir, celui de donner aux enfans le droit de prendre part, ſi bon leur ſemble, dans les biens acquis par le ſurvivant depuis la mort du prédécédé juſqu'à l'inventaire, comme ſi la communauté avoit toujours continué, à la place du compte qui leur eſt dû par le ſurvivant : elle ne doit donc pas avoir l'effet de faire regarder les biens que la femme, qui s'eſt remariée, a acquis depuis la mort de ſes précédens maris, comme *conquêts faits avec ſes précédens maris*, & dont l'article 279 doive l'empêcher de diſpoſer ; ce n'eſt point pour ce cas que la continuation de communauté a été établie.

Néanmoins Lacombe cite un Arrêt du 28 Août 1722, rendu en la quatrieme des Enquêtes, par lequel il prétend avoir été jugé que les meubles & conquêts acquis durant la continuation de communauté, étoient ſujets à la diſpoſition de l'article 279, comme les conquêts de la communauté. Je penſe que l'Arrêt a jugé, eu égard aux circonſtances particulieres de l'eſpece dans laquelle il a été rendu, & que nous ignorons. Le motif de cet Arrêt a pu être d'éviter, dans l'eſpece particuliere, une diſcuſſion difficile & diſpendieuſe, dans laquelle on eût jetté les parties, s'il eût fallu faire la diſtinction des biens dont étoit compoſée la communauté au temps de la mort du premier mari, dans leſquels la Coutume ne permet pas à la femme de rien

donner à ſon ſecond mari, & de ceux acquis depuis la mort du premier mari, qui ne ſont pas ſujets à cette défenſe. Pour éviter cette diſcuſſion, la Cour, par cet Arrêt, eu égard aux circonſtances particulieres de l'affaire, a jugé à propos de réputer les biens acquis par la femme depuis la mort de ſon premier mari, durant la continuation de communauté, comme n'étant que le remploi de ceux qui compoſoient la communauté au temps de la mort du premier mari, & elle a cru ne devoir pas écouter la femme à dire qu'elle a acquis quelque choſe de plus depuis la mort de ſon premier mari, dont elle doit avoir le droit de diſpoſer, cette femme s'étant, par ſa faute, en ne faiſant pas d'inventaire après la mort de ſon premier mari, miſe hors d'état de le juſtifier. On peut, ſelon les circonſtances, ſuivre l'exemple de ſageſſe que nous a donné cet Arrêt, mais on ne peut pas en faire une regle générale.

635. Lorſque, par le contrat du premier mariage, le droit de la femme a été fixé à une certaine ſomme, ſi cette femme, après la mort de ſon premier mari, convole à un autre mariage, cette ſomme qu'elle a reçue lui tenant lieu de ſa part dans les conquêts faits avec ſon premier mari, doit être cenſée compriſe dans la diſpoſition de l'article 279, concernant les *conquêts.*

## §. II.

### *De l'effet qu'a, par rapport au ſecond mari, la défenſe faite à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer des conquêts de ſon premier mariage.*

636. La premiere queſtion qui ſe préſente à cet égard, eſt de ſçavoir ſi, lorſqu'une femme qui s'eſt remariée, a des enfans, tant de ſon premier que de ſon ſecond mariage, la donation qu'elle a faite à ſon ſecond mari de quelques *effets conquêts* de la premiere communauté, eſt entiérement nulle au profit des enfans, tant du ſecond que du premier mariage; ou ſi elle n'eſt nulle que pour les portions qu'auroient eu les enfans du premier mariage dans leſdits effets. Par exemple, s'il y avoit deux enfans du premier mariage, & trois du ſecond, la donation ne ſeroit-elle nulle que pour les deux cinquiemes?

Il ſembleroit, à s'en tenir aux termes de la ſeconde partie de l'article 279, ſans la rapprocher de la premiere, que la donation ne devroit être nulle que pour les portions afférentes aux enfans du premier mariage; car voici comme la Coutume s'explique dans la ſeconde partie de l'article 279: » Et quant » aux *conquêts faits* avec ſes précédens maris, n'en peut diſpoſer aucune» ment au préjudice des portions, dont les enfans deſdits premiers maria» ges pourroient amender. » La Coutume, en diſant que la femme n'en peut diſpoſer *au préjudice des portions des enfans des premiers mariages*, donne aſſez à entendre que la diſpoſition que la femme a faite des conquêts, n'eſt nulle que pour les portions que les enfans y auroient eues, ſi elle n'eût pas fait la diſpoſition, & qu'elle eſt valable pour le ſurplus. La Coutume ne diſtingue pas ſi la diſpoſition eſt faite à titre de donation, ou à autre titre;

elle ne diſtingue pas ſi elle eſt faite au ſecond mari, ou à d'autres perſonnes. Or, tous conviennent que lorſque la femme a diſpoſé deſdits conquêts envers d'autres perſonnes qu'envers ſon mari, la diſpoſition ne peut être annullée que pour les portions qu'auroient eues les enfans du premier mariage, ſi elle n'en eût pas diſpoſé, & qu'elle eſt valable pour le ſurplus. Donc pareillement la donation que la femme a faite deſdits conquêts à ſon ſecond mari, n'eſt nulle que pour les portions qu'y auroient eues les enfans du premier mariage, & elle eſt valable pour le ſurplus.

Néanmoins Borjon nous atteſte que c'eſt un uſage ancien & conſtant au Châtelet de Paris, de regarder comme entiérement nulle la donation qu'une femme a faite des conquêts-meubles, ou immeubles de ſon premier mariage à ſon ſecond mari, & d'admettre tous les enfans, tant du ſecond que du premier mariage, après la mort de leur mere, à faire prononcer la nullité de la donation, & à ſe faire rendre leſdits effets.

Pour faire voir que cette Juriſprudence eſt conforme à l'eſprit de l'article 279 de la Coutume, il faut rapprocher la ſeconde partie de cet article de la premiere partie. Il eſt dit en la premiere partie, que la femme ayant enfans, & convolant en ſecondes noces, ne peut avantager ſon ſecond mari *de ſes propres & acquêts plus que l'un de ſes enfans.* Enſuite il eſt dit dans la ſeconde partie : *Et quant aux conquêts faits avec ſes précédens maris, n'en peut aucunement diſpoſer*, &c. La différence que la Coutume établit entre la donation faite au ſecond mari, *des propres & acquêts*, & celle qui lui eſt faite des conquêts, conſiſte en ce que la donation *des propres & acquêts* n'eſt nulle que pour ce qu'elle excede la quantité d'une part d'enfant; au-lieu que celle qui lui eſt faite des conquêts du premier mariage, eſt nulle pour le tout, la femme n'en pouvant aucunement diſpoſer. Mais de même que la donation des propres & acquêts, qui eſt nulle pour ce qu'elle excede la quantité de part d'enfant, eſt nulle au profit des enfans de tous les mariages, & non pas vis-à-vis de ceux du premier mariage, & ſeulement pour leurs portions ; pareillement, la donation des conquêts, qui eſt nulle pour le tout, ne doit pas l'être ſeulement pour les portions des enfans du premier mariage, mais elle doit l'être au profit des enfans de tous les mariages.

La Coutume, en cet article, établit une autre différence entre les conquêts du premier mariage, & les autres biens de la femme qui convole en ſecondes noces : elle ne lui défend, à l'égard de ceux-ci, de les donner qu'à ſes ſecond & ſubſéquens maris : elle ne lui défend pas d'en diſpoſer comme bon lui ſemblera, envers d'autres perſonnes ; mais à l'égard des conquêts, elle lui défend d'en diſpoſer indiſtinctement, & envers quelques perſonnes que ce ſoit : *Et quant aux conquêts..... n'en peut aucunement diſpoſer.* La Coutume ajoute enſuite une limitation à la défenſe qu'elle fait à la femme qui convole, de diſpoſer des conquêts, même envers d'autres perſonnes que le ſecond mari : elle ne déclare nulles les diſpoſitions qu'elle en auroit faites, que pour les portions des enfans des premiers mariages. C'eſt de ces diſpoſitions faites à des tiers, qu'on doit entendre ces termes qui ſuivent, *au préjudice des portions, dont les enfans deſdits premiers mariages pourroient amender.* Il eſt vrai que les rédacteurs ont omis d'exprimer dans la ſeconde

partie de l'article, la distinction qui est à faire à cet égard entre le second mari & les autres personnes, qu'ils ont cru se suppléer par la relation de cette seconde partie avec la première, & que l'omission de cette distinction, cause une obscurité dans cette seconde partie de l'article.

Ces rédacteurs s'en étant depuis apperçus, & ayant été nommés par le Roi trois ans après, pour rédiger la Coutume d'Orléans : en rédigeant l'article 203 de cette Coutume, qui contient les mêmes dispositions que l'article 279, & presque dans les mêmes termes, ils n'ont pas manqué d'exprimer la distinction entre le second mari & les autres personnes qu'ils avoient omis d'exprimer dans l'article 279 de Paris. Voici comme ils s'expriment dans cet article 203 de la Coutume d'Orléans : » Et quant aux conquêts » faits avec ses précédens maris, elle n'en peut aucunement avantager son » second, ou autres maris; toutefois peut disposer d'iceux à autres person- » nes, sans que telle disposition puisse préjudicier aux portions dont les » enfans desdits premiers mariages pourroient amender de leur mere. »

Cette distinction qui est faite dans l'article de la Coutume d'Orléans, entre le second mari, à qui la femme ne peut rien donner des conquêts, & les autres personnes à qui il ne lui est défendu d'en disposer, que pour les portions qu'y auroient les enfans du premier mariage, doit être suppléée dans l'article 279 de Paris; & cet article 203 d'Orléans, doit lui servir d'explication & d'interprétation : c'est celle qui a été constamment suivie au Châtelet de Paris, comme nous l'atteste Borjon.

637. Lorsqu'une femme, contre la défense de la Coutume, a donné des conquêts de son premier mariage à son second mari, s'il ne se trouve, lors de sa mort, aucuns enfans de son premier mariage, il est évident que la donation doit subsister, la défense n'ayant été faite qu'en leur faveur. Si elle en a laissé quelqu'un, les enfans, tant du premier que du second mariage, peuvent attaquer le second mari pour faire déclarer nulle la donation, & se faire rendre lesdits conquêts qui lui ont été nullement & indument donnés.

Ils ont, pour se faire délaisser ces conquêts, les mêmes actions qu'ils ont pour se faire délaisser l'excédent de ce que leur mere a donné à son second mari dans les autres biens de plus qu'une portion d'enfant, n'y ayant d'autre différence entre la donation qu'une femme a faite de ses autres biens à son second mari, & celle qu'elle lui a faite des conquêts de son premier mariage, sinon que celle-ci est nulle pour tout ce qu'elle contient, & que l'autre n'est nulle que pour ce qu'elle contient de plus que la valeur d'une portion d'enfant.

C'est pourquoi, ce que nous avons dit en la Section première, *art.* 5, des actions révocatoires qu'ont les enfans pour se faire délaisser ce que leur mere a donné à son second mari dans ses autres biens plus qu'une portion d'enfant, s'applique à celles qu'ils ont pour se faire délaisser les conquêts du premier mariage que leur mere a donnés à son second mari. Ces actions sont entiérement de même nature : elles peuvent s'intenter contre les tiers détenteurs, lorsque les conquêts donnés sont des immeubles que le second mari donataire a aliénés.

Lorsque

Lorſque les conquêts donnés, ſont des meubles, les enfans n'ont, en faiſant infirmer la donation, d'action que contre le ſecond mari pour la reſtitution de la valeur de ces choſes, pour laquelle reſtitution ils ont hypotheque ſur les biens du ſecond mari, du jour de l'acte qui contient la donation.

638. Les enfans qui avoient droit de venir à la ſucceſſion de leur mere, quoiqu'ils y aient renoncé, ayant droit, nonobſtant cette rénonciation, de partager les biens qui ont été retranchés de la donation exceſſive que leur mere a faite à ſon ſecond mari de ſes biens ordinaires, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 568, ils doivent avoir pareillement droit de partager les conquêts du premier mariage, donnés par leur mere au ſecond mari, dont ils ont fait infirmer la donation. Il y a entiere parité de raiſon.

Pareillement, de même que l'aîné, héritier de ſa mere, prend ſon droit d'aîneſſe dans les biens retranchés, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 593, il doit de même le prendre dans les conquêts donnés au ſecond mari, dont la donation a été infirmée.

## ARTICLE II.

*De la défenſe que fait la Coutume à la femme qui a convolé en ſecondes ou autres noces, de diſpoſer des conquêts de ſes précédens mariages envers quelque perſonne que ce ſoit.*

639. Cette défenſe eſt contenue dans ces termes de l'article 279 : *Et quant aux conquêts, n'en peut aucunement diſpoſer*, &c.

Ces termes ſont indéfinis : ils comprennent quelque perſonne que ce ſoit : ils ne laiſſent à la femme qui a convolé, la liberté de diſpoſer envers perſonne, des conquêts de ſes précédens mariages, au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfans deſdits mariages.

C'eſt la ſeconde différence que la Coutume met entre les conquêts des précédens mariages, & les autres biens de la femme qui a convolé. A l'égard de ceux-ci, elle lui défend ſeulement d'en donner à ſon ſecond mari, plus qu'une part d'enfant : elle lui laiſſe, à l'égard des autres perſonnes, la liberté qu'a chaque propriétaire de diſpoſer de ſes biens comme bon lui ſemble, ſoit à titre de donation, ſoit à titre de commerce : mais à l'égard des *conquêts*, elle la prive de la faculté d'en diſpoſer envers quelque perſonne que ce ſoit.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, quelle eſt la nature de cette défenſe de diſpoſer des conquêts, établie par l'article 279 ; & en quoi elle differe du ſecond chef de l'Edit. Nous traiterons dans un ſecond, de la limitation de cette défenſe aux portions des enfans du premier mariage. Nous verrons dans un troiſieme, quelles ſont les eſpeces d'aliénations compriſes dans cette défenſe : dans un quatrieme, quand eſt ouvert le droit qu'ont les enfans du premier mariage, de faire infirmer les diſpoſitions que leur mere a faites des conquêts au préjudice de leurs portions. 5°. En quelle qualité ils ont ce droit ; & de qui ils ſont cenſés tenir les portions pour

lesquelles ils ont fait infirmer la disposition : 6°. Quand cesse cette interdiction.

## §. I.

### *Quelle est la nature de la défense de disposer des conquêts, établie par l'art. 279 ; & en quoi elle differe du second chef de l'Edit.*

640. Cette défense d'aliéner les conquêts des précédens mariages, qui est faite par l'article 279 de la Coutume de Paris, est très-différente de la substitution légale faite par le second chef de l'Edit, des biens que la femme qui a convolé a eus de la libéralité de ses précédens maris.

A l'égard de ceux-ci, l'Edit établit une substitution légale, dont il suppose que la femme qui a convolé, a été tacitement grevée par la donation qui lui en a été faite par son mari au profit de leurs enfans communs, auxquels le donateur est censé l'avoir chargée de les rendre après sa mort, dans le cas où elle se remarieroit.

En conséquence de cette substitution, lorsque par l'existence des deux conditions sous lesquelles elle est faite, c'est-à-dire, par son convol à un autre mariage, & par sa mort avant les enfans qui y sont appellés, cette substitution vient à être ouverte, toutes les dispositions que la femme a faites des biens qui y sont compris, soit avant son convol, soit depuis, sont résolues, comme nous l'avons vu *suprà*.

Pareillement, en conséquence de cette substitution, soit que la femme ait disposé des biens qui y sont compris, soit qu'elle n'en ait pas disposé, ces biens doivent appartenir aux seuls enfans de son mariage avec le mari qui les lui a donnés, sans que les enfans des autres mariages puissent y avoir aucune part.

Et pareillement, soit qu'elle ait disposé desdits biens, soit qu'elle n'en ait pas disposé, il n'est pas nécessaire que lesdits enfans soient héritiers de leur mere pour les recueillir. Ces biens, au moyen de l'ouverture de la substitution, ne sont plus dans la succession de leur mere ; ils leur appartiennent en vertu de la substitution que leur pere est censé en avoir faite à leur profit.

L'article 279 n'établit rien de pareil à l'égard *des conquêts*. Les conquêts qu'elle a faits avec son premier mari, étant, pour la part qui lui en appartient, des biens qui lui appartiennent de son chef, on ne peut pas supposer une substitution, dont son premier mari l'ait grevée au profit de leurs enfans communs par rapport auxdits biens, puisqu'elle ne les tient pas de lui.

L'article 279 n'établit donc pas, par rapport aux conquêts, une substitution telle que celle qu'établit le second chef de l'Edit, par rapport aux biens dont la femme qui a convolé a été avantagée : elle n'établit, par rapport aux *conquêts*, qu'une simple *interdiction d'aliéner* : c'est la premiere différence entre l'article 279 & le second chef de l'Edit.

Cette interdiction d'aliéner que l'article 279 établit par rapport aux conquêts, n'étant contractée par la femme que lors de son convol à un autre

mariage, les diſpoſitions deſdits conquêts qu'elle a faites auparavant, ſubſiſtent : c'eſt une ſeconde différence entre l'article 279 & le ſecond chef de l'Edit.

Etant de la nature des interdictions d'aliéner, qu'elles n'aient aucun effet, lorſque la perſonne interdite d'aliéner certains biens, eſt morte ſans les avoir aliénés, il s'enſuit que lorſque la femme qui a convolé, meurt ſans avoir aliéné les conquêts de ſes précédens mariages, l'article 279 n'a aucun effet par rapport auxdits conquêts, leſquels paſſent dans ſa ſucceſſion, de même que tous ſes autres biens : c'eſt une troiſieme différence entre l'article 279 & le ſecond chef de l'Edit.

Il ſuit auſſi de-là, que lorſque la femme qui a convolé, eſt morte ſans avoir diſpoſé deſdits conquêts, ſe trouvant en ce cas dans ſa ſucceſſion, comme ſes autres biens, ſes enfans, même ceux du mariage pendant lequel ils ont été faits, ne peuvent en ce cas la recueillir qu'en acceptant ſa ſucceſſion, dans laquelle ils ſe trouvent : c'eſt une quatrieme différence entre l'article 279 & le ſecond chef de l'Edit.

## §. II.

### *Limitation de la défenſe de diſpoſer des conquêts aux portions des enfans du premier mariage.*

641. L'interdiction de diſpoſer des conquêts envers quelque perſonne que ce ſoit, qui eſt faite par l'article 279 à la femme qui convole, eſt différente de la défenſe qui lui eſt faite de les donner à ſon ſecond mari : celle-ci eſt illimitée. La donation qu'une femme a faite de quelqu'un de ſes conquêts à ſon ſecond mari, lorſqu'elle laiſſe en mourant quelqu'enfant de ſon premier mariage, eſt nulle, non-ſeulement pour la portion que l'enfant du premier mariage auroit eue dans ce conquêt, mais elle eſt nulle pour le tout ; & les enfans, tant du premier que du ſecond mariage, ſont reçus à la faire infirmer. Au contraire, l'interdiction de diſpoſer des conquêts envers quelque perſonne que ce ſoit, eſt bornée aux portions qu'y auroient dû avoir les enfans du premier mariage. Cette différence eſt clairement expliquée dans l'article 203 de la Coutume d'Orléans, & elle doit ſe ſuppléer dans l'article 279 de celle de Paris, auquel l'article 203 d'Orléans doit ſervir d'explication, comme il a déja été obſervé *ſuprà*, *n. 636*.

Suivant ces principes, lorſque la femme qui, pendant ſon ſecond mariage, a aliéné quelque conquêt de ſon premier mariage, laiſſe en mourant deux enfans de ſon premier mariage, & trois du ſecond, la diſpoſition ne ſera infirmée que pour les deux cinquiemes portions dont cette femme n'a pu priver les enfans du premier mariage : elle ſubſiſtera pour les trois autres cinquiemes.

## §. III.

### *Quelles eſpeces d'aliénation ſont compriſes ſous la défenſe de diſpoſer des conquêts, établie par l'article 279.*

642. On penſoit autrefois que la défenſe que fait à la femme qui ſe remarie, l'art. 279, de diſpoſer des conquêts de la premiere communauté, ne comprenoit pas ſeulement les donations, mais généralement toutes les aliénations; de maniere que la femme ne pouvoit ni les vendre, ni les aliéner, à quelque titre que ce fût, ni les hypothéquer à ſes créanciers, au préjudice des portions des enfans du premier mariage, leſquels pouvoient les faire délaiſſer aux tiers acquéreurs pour les portions à eux attérentes, pourvu qu'ils ne fuſſent pas héritiers de leur mere, & en cette qualité tenus de la garantie envers l'acquéreur; ce qui les rendroit non-recevables dans leur demande contre lui. C'eſt ce qu'enſeigne Bacquet, en ſon Traité des Droits de Juſtice, *chap.* 21, où il donne l'interprétation de l'article 279. C'eſt auſſi ce qu'après lui enſeigne Lalande, ſur l'*art.* 203 de la Coutume d'Orléans, qui a la même diſpoſition.

Il paroît qu'on a depuis changé de principe, & que la défenſe faite par l'art. 279, à la femme qui ſe remarie, de diſpoſer des conquêts de ſa premiere communauté, ne doit s'entendre communément que des diſpoſitions à titre lucratif, & qu'il ne lui eſt point défendu de les vendre & de les hypothéquer pour ſes affaires. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 20 Juillet 1741, rapporté par Deniſart ſur le mot *Conquêt*, dans l'eſpece duquel, les créanciers d'une femme ayant, pour des dettes par elle contractées pendant ſon ſecond mariage, ſaiſi réellement un héritage qui étoit un conquêt de ſon premier mariage, les enfans de ſon premier mariage y ayant formé oppoſition, qu'ils fondoient ſur l'article 279, leſdits enfans furent deboutés de leur oppoſition.

La même choſe avoit été jugée peu de jours auparavant, par un autre Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre, dans l'eſpece d'un homme qui avoit convolé en ſecondes noces. Il eſt auſſi rapporté par Deniſart, *ibidem.*

643. La Juriſprudence n'a pas néanmoins borné abſolument aux titres lucratifs la défenſe de diſpoſer des conquêts; car quoique la communauté ne ſoit pas un titre lucratif, lorſque l'une des parties n'y apporte pas plus que l'autre, néanmoins on a jugé qu'une veuve qui n'avoit point d'autres biens que ceux de ſa premiere communauté, ne pouvoit en prendre la moindre partie pour former de ſa part une communauté avec ſon ſecond mari. C'eſt ce qui a été jugé contre la ſucceſſion de la Dame Learles, avant veuve Caſtel, par un Arrêt du 4 Août 1733, cité par Deniſart ſur le mot *Conquêts.*

## §. IV.

### *Quand ce droit qu'ont les enfans de faire infirmer les diſpoſitions que leur mere a faites des conquêts, eſt-il ouvert.*

644. Il eſt de la nature de l'interdiction d'aliéner, faite en faveur de certaines perſonnes, que celui qui eſt interdit d'aliéner, eſt cenſé grevé en-

vers ceux en faveur de qui l'interdiction eſt faite, d'une eſpece de ſubſtitution des choſes qu'il eſt interdit d'aliéner, dans le cas auquel il les aliéneroit contre la défenſe qui lui en eſt faite : l'aliénation qu'il en fait, eſt la condition qui donne ouverture à cette eſpece de ſubſtitution, & qui en conſéquence donne à ceux en faveur de qui l'interdiction eſt faite, le droit de ſe pourvoir incontinent contre l'acquéreur, pour lui faire délaiſſer les choſes qui lui ont été aliénées, au préjudice de la défenſe d'aliéner.

Néanmoins, à l'égard de l'interdiction d'aliéner, qui eſt établie par l'article 279, le droit des enfans du premier mariage, en faveur de qui elle eſt faite, n'eſt pas ouvert auſſi-tôt que leur mere a aliéné quelque conquêt de ſon premier mariage ; il faut encore, pour qu'il ſoit ouvert, attendre la mort de leur mere. La raiſon eſt, que cette interdiction eſt limitée aux portions que leſdits enfans du premier mariage auroient pu amender de leur mere : or ce n'eſt que par la mort de leur mere, qu'il peut devenir certain qu'ils en amenderont une portion ; & quelles ſeront les portions qu'ils en amenderont ? Ce ne peut donc être qu'à la mort de leur mere, que peut être ouvert le droit de ſe faire délaiſſer, pour leſdites portions, par les acquéreurs & les tiers détenteurs, les conquêts que leur mere a aliénés contre l'article 279.

## §. V.

### *En quelle qualité les enfans des précédens mariages ont-ils ce droit de ſe faire délaiſſer, pour les portions qu'ils auroient amendées de leur mere, les conquêts qu'elle a aliénés contre la défenſe de l'article 279.*

645. La défenſe que fait l'article 279 à la femme qui a convolé en ſecondes ou autres noces, de diſpoſer des conquêts de ſes précédens mariages, eſt faite en faveur des enfans deſdits précédens mariages, en leur qualité d'enfans : c'eſt pourquoi je penſe que lorſque la femme qui a convolé en ſecondes noces, a aliéné quelqu'un des conquêts de ſon premier mariage, il n'eſt pas néceſſaire que les enfans dudit premier mariage ſoient héritiers de leur mere, pour revendiquer contre l'acquéreur les portions qu'ils auroient amendées de leur mere dans ledit conquêt, ſi leur mere ne l'eût pas aliéné.

Borjon décide, au contraire, que les enfans du premier mariage ne peuvent demander leurs portions dans leſdits conquêts, même contre les tiers auxquels leur mere les a aliénés, s'ils ne ſont héritiers de leur mere. Sa raiſon eſt, que la diſpoſition de l'article 279, par rapport aux conquêts, ne contient point une ſubſtitution telle que celle que contient le ſecond chef de l'Edit ; que cet article ne contient par rapport aux conquêts qu'une ſimple réſerve coutumiere, ſemblable à celle que font pluſieurs Coutumes d'une certaine portion des propres, au profit des héritiers de la ligne d'où ils procedent. C'eſt pourquoi, dit cet Auteur, de même que lorſqu'une perſonne a donné entre-vifs de ſes propres, plus qu'il ne lui eſt permis par les

Coutumes, il faut être héritier de cette perſonne, pour être reçu à faire réduire la donation. Pareillement, lorſqu'une femme qui s'eſt remariée, a, depuis ſon convol, diſpoſé, par des donations faites à des tiers, des conquêts de ſon premier mariage, il faut, pour que les enfans de ce mariage ſoient reçus à faire infirmer la donation, qu'ils ſoient héritiers de leur mere.

La réponſe eſt facile : de ce que la réſerve d'une portion des propres qui réſulte de la défenſe que font certaines Coutumes de donner au-delà d'une certaine portion des propres, eſt introduite en faveur des héritiers de la perſonne à qui la défenſe eſt faite, il ne s'enſuit nullement que toutes les autres réſerves coutumieres & légales qui réſultent d'une défenſe de diſpoſer que la loi fait, doivent néceſſairement être faites en faveur des héritiers de la perſonne à qui la loi défend de diſpoſer; & par conſéquent, il ne s'enſuit nullement que la réſerve qui réſulte de la défenſe qui eſt faite par l'article 279 à la femme qui s'eſt remariée, de diſpoſer de ſes conquêts, ſoit faite en faveur des enfans de ſon premier mariage, en leur qualité de ſes héritiers.

Les loix qui défendent de diſpoſer de certaines choſes, renferment une réſerve de ces choſes au profit de ceux en faveur de qui la défenſe eſt faite. Cette réſerve eſt une eſpece de ſubſtitution, dont la perſonne à qui la défenſe eſt faite, eſt grevée par la loi envers les premiers, dans le cas où elle diſpoſeroit contre la défenſe de la loi : cette ſubſtitution leur donne le droit de revendiquer les choſes, lorſqu'elles ont été aliénées contre la défenſe ; & elle s'éteint lorſque la perſonne à qui elle eſt faite, eſt morte ſans avoir contrevenu à la loi.

Quelquefois la défenſe de diſpoſer, & la réſerve qu'elle contient, eſt faite en faveur des héritiers de la perſonne à qui la défenſe eſt faite en leur qualité d'héritiers.

Telle eſt, dans certaines Coutume, la défenſe de donner, même entre-vifs, au-delà d'une certaine portion de ſes propres.

Quelquefois auſſi la défenſe de diſpoſer & la réſerve qu'elle renferme, eſt faite en faveur de certaines perſonnes en une autre qualité que celle d'héritiers de celle à qui la défenſe eſt faite ; & en ce cas il n'eſt pas néceſſaire, pour jouir de cette réſerve, qu'ils ſoient héritiers de la perſonne à qui la défenſe eſt faite.

Par exemple, le premier chef de l'Edit défend à la femme de donner au ſecond mari plus qu'une portion d'enfant; cette défenſe contient une réſerve légale au profit de ſes enfans, de ce qu'elle auroit donné à ſon ſecond mari de plus qu'une portion d'enfant.

Tous conviennent que cette réſerve eſt faite aux enfans de cette femme en leur ſeule qualité d'enfans, & non en qualité d'héritiers, & qu'il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere pour jouir de cette réſerve. Il en doit être de même de la défenſe de diſpoſer des conquêts, faite par l'article 279 de la Coutume de Paris, & de la réſerve qu'elle renferme : cette réſerve doit pareillement être cenſée faite aux enfans en leur ſeule qualité d'enfans, & ils doivent pareillement jouir de cette réſerve,

quand même ils ne seroient pas héritiers de leur mere. En effet, l'article 279 de Paris n'est qu'une extension de l'Edit : la Coutume est censée dans cet article avoir eu les mêmes vues que l'Edit, & avoir par conséquent, de même que l'Edit, considéré les enfans en faveur de qui la défense de disposer est faite, en leur seule qualité d'*enfans*.

Dira-t-on que l'article 279, par ces termes, *& quant aux conquêts..... n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les enfans desdits premiers mariages pourroient amender de leur mere*, suppose que pour jouir de cette réserve, il faut que lesdits enfans soient héritiers de leur mere ?

Je réponds que ces termes ne suppose nt point cela : ces termes, *des portions..... dont ils pourroient amender de leur mere*, signifient des portions auxquelles ils auroient droit de succéder à leur mere dans lesdits conquêts : il n'en résulte autre chose, sinon que pour que les enfans puissent jouir de cette réserve, il faut qu'ils aient le droit de succéder à leur mere : il faut qu'ils soient habiles à venir à sa succession ; mais il n'est pas nécessaire qu'ils acceptent sa succession : de même que, pour jouir de celle du premier chef de l'Edit, & pour être reçus à faire réduire la donation excessive faite au second mari, il est nécessaire qu'ils soient habiles à succéder à leur mere, comme nous l'avons vu *suprà*, n°. 570 ; mais il n'est pas nécessaire qu'ils acceptent sa succession.

646. Quoique, si la femme qui s'est remariée n'eût pas disposé des conquêts de son premier mariage, les enfans de son second mariage eussent succédé auxdits conquêts avec ceux du premier ; néanmoins lorsque cette femme a disposé de quelqu'un desdits conquêts, par donation faite à un étranger, la donation n'étant infirmée par l'article 279, que pour les portions afférentes aux enfans du premier mariage dans ledit conquêt, & étant valable pour le surplus, les enfans du second mariage n'y ont en ce cas aucune part ; les enfans du premier mariage ont seuls les portions qui leur reviennent dans ledit conquêt, sans qu'ils soient tenus d'en faire aucune part à ceux du second, quand même ils viendroient avec eux à la succession de leur mere.

Cela n'est point contraire au principe, que des enfans venans à la succession de leur pere ou mere, ne peuvent être avantagés les uns plus que les autres. Il est vrai que nous ne pouvons avantager de nos biens l'un de nos enfans plus que les autres venans à notre succession : mais quoique dans cette espece les enfans du premier mariage aient seuls les portions à eux afférentes dans ce conquêt dans lequel ceux du second n'ont rien, ils ne sont pas pour cela avantagés par leur mere, ni dans la succession de leur mere, plus que ceux du second mariage ; car les portions qu'ils ont dans le conquêt, pour lesquelles ils ont fait infirmer la donation que leur mere en avoit faite, sont un bien qu'ils ne tiennent pas de la succession de leur mere, qui l'avoit aliéné.

Cela sert encore à confirmer notre sentiment, qu'il n'est pas nécessaire que les enfans du premier mariage soient héritiers de leur mere, pour être reçus à se pourvoir contre ceux envers qui leur mere a disposé des conquêts du premier mariage : car leurs portions dans ces conquêts, pour les-

quels ils ſont infirmer la donation, n'étant point cenſées dépendre de la ſucceſſion de leur mere, il s'enſuit qu'il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient héritiers de leur mere pour les recueillir.

## §. VI.

### *Quand ceſſe l'interdiction.*

647. L'interdiction que l'article 279 prononce contre la femme qui s'eſt remariée, de diſpoſer des conquêts faits avec ſes précédens maris, ceſſe en deux cas exprimés par les termes dudit article : » Toutefois, eſt-il dit, » ſi ledit mariage eſt diſſous, ou que les enfans du précédent mariage décedent, » elle en peut diſpoſer comme de ſa choſe. »

Le premier cas eſt donc lorſque le ſecond mariage eſt diſſous, l'interdiction dans laquelle ce ſecond mariage avoit mis la femme, ceſſe pour l'avenir; elle peut dorénavant diſpoſer librement. La raiſon eſt, que cette interdiction avoit pour fondement la crainte que le ſecond mari ne portât cette femme à diſpoſer au préjudice des enfans du premier mariage; cette raiſon venant à ceſſer par la mort du ſecond mari, l'interdiction doit ceſſer.

Le ſecond cas eſt lorſque tous les enfans du premier mariage ſont prédécédés ſans laiſſer aucune poſtérité : la raiſon eſt que ce n'étoit qu'en leur faveur que l'interdiction étoit établie. C'eſt pourquoi, non-ſeulement en ce cas l'interdiction ceſſe pour l'avenir, mais les aliénations que la femme avoit faites auparavant, ſont confirmées, ne reſtant perſonne qui ſoit recevable à les attaquer.

## ARTICLE III.

### *Si la diſpoſition de l'Article 279 de Paris ſur les conquêts du précédent mariage, doit être étendue à l'homme qui s'eſt remarié; & ſi elle a lieu dans les autres Coutumes.*

## §. I.

### *Si l'article doit être étendu à l'homme qui s'eſt remarié.*

648. On a beaucoup agité la queſtion, ſi la diſpoſition de l'article 279 de la Coutume de Paris ſur les conquêts que la femme qui s'eſt remariée, a faits avec ſes précédens maris, devoit être étendue à l'homme qui ſe remarie.

Pour la négative, on dit que cette diſpoſition étant exorbitante du droit commun, n'eſt pas ſuſceptible d'extenſion : d'ailleurs, les raiſons ſur leſquelles paroît être fondée la loi, pour défendre à la femme qui s'eſt remariée, de diſpoſer des conquêts de ſes précédens mariages, ne militent pas de même à l'égard de l'homme qui s'eſt remarié. Ces raiſons ſont, que ſi la femme ne tient pas proprement de ſon défunt mari les biens qu'elle a pour ſa part de ſa premiere communanté, au moins elle eſt redevable de ces biens, à la grace que ce mari lui a faite de lui accorder communauté

nauté de biens & au travail & à l'induſtrie de ſon mari, qui a acquis ces biens à la communauté; or ces raiſons ſont particulieres à la femme, & ne militent point pareillement à l'égard du mari; on ne peut pas dire de même que le mari eſt redevable à ſa femme de ſa part en la communauté. Le droit de communauté eſt une eſpece de bénéfice que la femme reçoit du mari, & non le mari de la femme; & c'eſt pareillement par le travail & l'induſtrie du mari, que les biens ſont acquis à la communauté.

Au contraire, pour étendre à l'homme qui s'eſt remarié, cette diſpoſition de la Coutume, on dit que dans la premiere partie de l'article 279, elle n'a fait aucune diſtinction entre la femme & l'homme; par conſéquent, de même que dans la premiere diſpoſition de cet article elle eſt cenſée avoir entendu de l'homme auſſi bien que de la femme, ce qu'elle a dit de la femme, elle doit pareillement être cenſée avoir entendu de l'homme ce qu'elle a dit de la femme dans ſa ſeconde diſpoſition.

On répond à ce qui a été dit pour l'opinion contraire, que, quoique la diſpoſition de l'article 279 ſur les conquêts, ſoit exorbitante en ce ſens qu'elle ajoute à l'Edit, elle n'en eſt pas moins favorable, & par conſéquent ſuſceptible d'extenſion; les mêmes raiſons qui militent à l'égard de la femme, militent à l'égard de l'homme: l'homme ne fait pas plus de bénéfice à ſa femme, en contractant une communauté, lorſqu'elle eſt égale, que ſa femme ne lui en fait; & ſi la femme eſt redevable au travail & à l'induſtrie de ſon mari, des bons ſuccès de la communauté, le mari, de ſon côté, n'en eſt pas moins redevable à ſa femme, qui y a contribué par ſes ſoins & par ſon bon ménage.

Par Arrêt du 4 Mars 1697, rendu ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, la Cour a étendu à l'homme la diſpoſition de l'article 279 ſur les conquêts, en jugeant qu'un homme n'avoit pu rien donner à une ſeconde femme des conquêts de ſa premiere communauté.

La même choſe avoit été jugée par un Arrêt précédent, appellé vulgairement l'Arrêt des Poitevins. Ces Arrêts ont fixé à cet égard la Juriſprudence; & on ne doute plus aujourd'hui que l'homme qui ſe remarie, ne peut rien donner de ſes conquêts à ſa ſeconde femme; mais il n'eſt pas également certain que l'autre partie de cette diſpoſition de l'article 279, qui défend à la femme qui s'eſt remariée de diſpoſer des conquêts de ſa premiere communauté envers quelque perſonne que ce ſoit, doive pareillement s'étendre à l'homme.

## §. II.

*Si la diſpoſition de l'article 279 de la Coutume de Paris ſur les conquêts, a lieu ailleurs; & à quelle Coutume on doit avoir égard, pour décider ſi la diſpoſition qu'une femme qui s'eſt remariée a faite des conquêts de ſes précédens mariages, eſt valable.*

649. La diſpoſition de l'article 279 de la Coutume de Paris ſur les conquêts, n'étant point contenue dans l'Edit des ſecondes noces, & étant un droit nouveau que cette Coutume a ajouté à l'Edit, le droit qui renfer-

me cette disposition, est un droit local & particulier à la Coutume de Paris qui l'a établi, lequel ne doit pas être suivi dans les autres Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. C'est ce qui a été jugé par Arrêt du 2 Avril 1683, rapporté au Journal des Audiences. Notre Coutume d'Orléans, en l'article 203, a adopté cette disposition de la Coutume de Paris.

650. Cette disposition ayant pour objet les biens des communautés des précédens mariages d'une femme qui convole en secondes ou autres noces, que la Coutume se propose de conserver aux enfans, elle est de la classe des Statuts qu'on appelle *Statuts réels*.

Les Statuts réels, à l'égard des biens qui ont une situation, exerçant leur empire sur ceux qui sont situés dans leur territoire, & non sur ceux qui sont situés ailleurs, il s'ensuit, que si une femme, domiciliée dans une Province qui n'a point de loi semblable à celle de Paris, se remarie, & qu'elle ait des conquêts de ses précédens mariages, situés dans le territoire de la Coutume de Paris, quoique cette femme, étant domiciliée dans une autre Province, ne soit point, quant à sa personne, sujette à la Coutume de Paris, elle y est sujette par rapport à ses conquêts qu'elle a dans le territoire de la Coutume de Paris, sur lesquels cette Coutume a droit d'exercer son empire, comme étant dans son territoire; c'est pourquoi elle n'en pourra rien donner à son nouveau mari; ni en disposer envers quelque personne que ce soit.

*Contrà vice versâ* : si une personne de Paris qui s'est remariée, a des conquêts de son premier mariage situés dans une Province qui n'a pas une loi semblable à celle de Paris sur les conquêts, elle pourra donner à son second mari une portion d'enfant dans lesdits conquêts, de même que dans ses autres biens, & elle en pourra disposer librement envers d'autres personnes; car, quoiqu'elle soit soumise, quant à sa personne, à la Coutume de Paris, elle ne l'est pas par rapport auxdits biens, sur lesquels la Coutume de Paris ne peut exercer son empire, étant situés hors de son territoire.

Observez qu'il n'y a de biens qui aient ou soient censés avoir une situation, que les héritages, c'est-à-dire les fonds de terre & maisons, les droits réels qu'on a dans un héritage, tels que les droits de directe seigneuriale, ou de rente fonciere, & les créances qui ont pour objet un héritage, telle que celle qu'a l'acheteur d'un héritage pour se le faire livrer. Les rentes sur l'Hôtel-de-Ville de Paris sont aussi censées avoir une espece de situation à Paris, où est le Bureau de paiement.

651. A l'égard des autres rentes constituées, des meubles corporels, & des créances de sommes d'argent ou de choses mobilieres, ces biens n'ayant aucune situation, se régissent par la loi à laquelle est sujette la personne à qui ils appartiennent.

Suivant ces principes, une Parisienne qui convole à de secondes noces, ne peut rien donner à second mari de ses rentes & de ses meubles conquêts de son premier mariage.

Cela a lieu, quand même elle épouseroit un homme d'une autre Province, où il n'y a pas une loi semblable à celle de Paris; car, quoique cette femme doive, dans l'instant qu'elle contractera mariage avec cet homme,

prendre le domicile de cet homme, & perdre le ſien, & par conſéquent ceſſer d'être ſujette à la Coutume de Paris, il ſuffit qu'au temps de ſon contrat de mariage, qui doit précéder celui de ſon mariage, elle n'ait pas encore perdu ſon domicile, & ſoit encore ſujette à la Coutume de Paris, pour qu'elle ne puiſſe diſpoſer par ſon contrat de mariage, de ſes rentes & meubles conquêts contre la diſpoſition de la Coutume de Paris. Quoique, lors de ſon mariage, elle ne ſoit plus ſujette à la Coutume de Paris, ſon mariage, qui confirme les diſpoſitions du contrat de mariage, ne peut pas confirmer celles qui n'étoient pas valables, lorſqu'elles ont été faites.

652. *Vice verſâ*: lorſqu'une femme d'une Province où il n'y a pas une loi ſemblable à l'article 279 de Paris ſur les conquêts, épouſe en ſecondes noces un Pariſien, la donation qu'elle lui fait par ſon contrat de mariage, de quelques rentes ou effets mobiliers de la premiere communauté, eſt valable, juſqu'à la concurrence d'une part d'enfant; car, quoique par le mariage qu'elle doit contracter, elle doive perdre ſon domicile, acquérir celui de ſon mari, & par conſéquent devenir ſujette à la Coutume de Paris, il ſuffit que lors de ſon contrat de mariage, elle retienne encore ſon domicile &, ne ſoit pas encore ſujette à la Coutume de Paris, pour que la donation qu'elle a faite à ſon ſecond mari par ſon contrat de mariage, ne doive pas ſe regler par la Coutume de Paris qui la lui interdit; mais par la loi du lieu du domicile qu'elle n'a pas encore perdu, qui ne la lui interdit pas.

Il eſt vrai que cette donation, de même que toutes les conventions du mariage, dépend de la condition, *ſi nuptiæ ſequantur*, & qu'elle eſt confirmée par le mariage, par conſéquent dans un temps auquel elle devient ſujette à la Coutume de Paris; mais l'exiſtence des conditions appoſées à des actes entre-vifs ayant un effet rétroactif au temps de l'acte, la donation eſt cenſée avoir eu toute ſa perfection, dès le temps auquel elle a été contractée, & par conſéquent dans un temps où cette femme n'étant pas encore ſujette à la Coutume de Paris, il lui étoit permis de donner ce qu'elle a donné.

## CHAPITRE III.

### *Des peines de l'Ordonnance de Blois contre les Veuves qui contractent des mariages avec des perſonnes indignes*

653. HENRI III, par l'Ordonnance de Blois, art. 18, a établi pour un cas particulier une nouvelle peine contre les veuves qui ſe remarient ayant enfans; c'eſt celui auquel elles ſe remarient à un homme indigne de leur condition.

Voici les termes de cet article: » D'autant que pluſieurs femmes veuves, » même ayant enfans d'autres mariages, ſe remarient follement à perſonnes » indignes de leur qualité, & qui pis eſt, les aucunes à leurs valets, Nous » avons déclaré & déclarons tous dons & avantages qui par leſdites

» veuves, ayant enfans de leurs premiers mariages, feront faits à telles » perſonnes, ſous couleur de donation, vendition, aſſociation à leur com- » munauté, ou autre quelconque, nuls & de nul effet; & icelles femmes, lors » de la convention de tels mariages, avons mis & mettons en l'interdiction » de leurs biens; leur défendons les vendre, ou autrement aliéner en quel- » que ſorte que ſoit, & à toutes perſonnes d'en acheter, ou faire avec elles » autres contrats par leſquels leurs biens puiſſent être diminués; déclarons » leſdits contrats nuls & de nul effet. »

Cette loi, qui prononce des peines contre les veuves qui convolent à un mariage déshonorant avec des perſonnes indignes de leur qualité, eſt une extenſion de l'Edit des ſecondes noces; elle ne concerne que celles qui ont des enfans de leurs précédens mariages: c'eſt ce qui paroît par les termes du diſpoſitif: *Nous avons déclaré tous dons.... qui par leſdites veuves AYANT ENFANS de leurs premiers mariages, ſeront faits, &c.* Celles qui n'en ont point, ne ſont donc point ſujettes aux peines de cette loi.

654. Une veuve eſt cenſée ſe remarier à une perſonne *indigne de ſa qualité*, lorſqu'étant veuve d'un Gentilhomme ou d'un homme conſtitué en dignité, elle épouſe un homme d'une profeſſion dérogeante à nobleſſe, tel qu'eſt un Artiſan, un Sergent, *&c.* La veuve d'un ſimple Bourgeois d'un état honnête, eſt auſſi cenſée épouſer un homme indigne de ſa qualité, lorſqu'elle épouſe un homme de la lie du peuple, tel qu'eſt un gagne-denier.

Une veuve eſt ſur-tout cenſée épouſer un homme indigne de ſa qualité, lorſqu'elle épouſe *ſon valet*, comme il réſulte des termes de l'Ordonnance: *Et qui pis eſt aucunes leurs valets*: ce qui comprend non-ſeulement ceux du plus bas rang, tels que les laquais, mais généralement tous les domeſtiques: par exemple, une veuve de condition qui épouſeroit ſon Maître-d'hôtel, ſeroit ſujette aux peines de cette Ordonnance.

655. Cette loi ajoute des peines à celles portées par l'Edit des ſecondes noces: elle ne reſtreint pas ſeulement la liberté de donner à un ſecond mari; elle prive entiérement la veuve de la faculté de lui faire aucun avantage direct ou indirect: elle fait plus, elle veut qu'icelles femmes, *lors de la convention de tels mariages*, c'eſt-à-dire, non-ſeulement du jour de ces mariages, mais du jour des fiançailles ou accords faits pour un tel mariage, ſoient interdites d'aliéner & d'engager leurs biens.

La raiſon eſt, comme l'obſerve Coquille ſur cet article de l'Ordonnance, qu'une femme ſe montrant, en contractant un tel mariage, être dépourvue de ſens, elle mérite d'être interdite de la diſpoſition de ſes biens.

656. Cette interdiction n'a pas d'effet rétroactif: c'eſt pourquoi les aliénations que cette femme auroit faites avant les accords de ce mariage indigne, ſont valables, pourvu que ce ne ſoit pas des biens qu'elle tient de la libéralité de ſon premier mari, qu'elle ait aliénés, *ſup. n.* 616. Comme auſſi, pourvu que ce ne ſoit pas des donations directes ou indirectes, faites à la perſonne indigne qu'elle a depuis épouſée; car elles ſeroient ſuſpectes d'avoir été faites en contemplation de ſon futur mariage qu'elle a depuis contracté avec cette perſonne, & d'être faites en fraude de la loi.

657. Quoique l'article de l'Ordonnance qui porte cette interdiction, ſoit fait en faveur des enfans du premier mariage, néanmoins les enfans du premier mariage revendiquant ces biens comme biens de leur mere qu'elle n'a pas eu le pouvoir d'aliéner n'y d'obliger, les enfans du ſecond mariage, s'il y en a, doivent y être admis avec eux, ayant un droit égal au leur aux biens de leur mere commune; mais ſi les enfans du premier mariage étoient tous prédécédés, la diſpoſition de l'Ordonnance n'ayant été faite qu'en leur faveur, les enfans du ſecond mariage, ni les héritiers collatéraux de la femme ne ſeroient pas reçus à attaquer les aliénations qu'elle auroit faites de ces biens.

658. La diſpoſition de cet article de l'Ordonnance de Blois, doit-elle être étendue à un homme veuf ayant enfans, qui ſe remarie à une femme indigne de ſa condition? La raiſon de douter eſt que cette diſpoſition eſt une extenſion de l'Edit des ſecondes noces; par conſéquent, de même que l'Edit des ſecondes noces a été étendu à l'homme, quoique le premier chef n'eût parlé que de la femme, il ſemble que cette diſpoſition, qui eſt une extenſion de l'Edit, doive, de même que l'Edit, être étendue à l'homme.

Néanmoins il faut décider qu'elle n'y doit pas être étendue, étant fondée ſur des raiſons qui ſont particulieres à la femme, & qui ne s'appliquent pas à l'homme. En effet, les peines portées par cet article contre une veuve de qualité qui ſe remarie à une perſonne indigne, ſont une réparation que la loi accorde aux enfans du premier mariage, de l'injure atroce que leur mere fait à la mémoire de ſon mari, en abdiquant le nom illuſtre qu'il lui avoit donné, & une famille illuſtre dans laquelle il l'avoit fait entrer, pour prendre le nom, & entrer dans la famille d'une perſonne indigne; il eſt évident que cela ne peut s'appliquer à l'homme, puiſque ce n'eſt pas l'homme qui acquiert par le mariage le nom & la famille de la femme; mais la femme qui acquiert le nom & la famille de l'homme. D'ailleurs, quoiqu'un homme ſe déshonore en épouſant une femme indigne de ſa condition, dont il a fait, en l'épouſant, ſa compagne, ce déshonneur dont il ſe couvre n'eſt pas comparable à l'ignominie dont ſe couvre une femme en épouſant un homme indigne de ſon rang, auquel en l'épouſant elle s'aſſujettit, & à la condition duquel elle ſe réduit. On ne peut donc pas dire qu'il y ait une parité de raiſon qui puiſſe faire étendre à l'homme qui ſe remarie à une perſonne indigne de ſon rang, les peines que la loi a établies en ce cas contre la femme.

*Fin du Traité du Contrat de Mariage.*

# TRAITÉ

## DE

# LA PUISSANCE DU MARI

## SUR

# LA PERSONNE ET LES BIENS

# *DE LA FEMME.*

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LE mariage, en formant une ſociété entre le mari & la femme, dont le mari eſt le chef, donne au mari en la qualité qu'il a de chef de cette ſociété, un droit de puiſſance ſur la perſonne de la femme, qui s'étend auſſi ſur ſes biens.

Nous traiterons dans une premiere Partie, de la Puiſſance qu'il a ſur la perſonne de la femme : dans la ſeconde, de celle qu'il a ſur ſes biens.

## PREMIERE PARTIE.

### *De la puiſſance du Mari ſur la perſonne de la Femme.*

### ARTICLE PREMIER.

1. LA Puiſſance du mari ſur la perſonne de la femme, conſiſte, par le droit naturel, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de ſoumiſſion qui ſont dûs à un ſupérieur.

Un de ſes principaux effets, eſt un droit qu'a le mari d'obliger ſa femme

à le ſuivre par-tout où il juge à propos d'aller demeurer, ou réſider.

Pourvu néanmoins que ce ne ſoit pas hors le Royaume & en Pays étranger; car ſi le mari, en abjurant ſa patrie, vouloit s'y établir, la femme, qui doit encore plus à ſa patrie qu'à ſon mari, ne ſeroit pas obligée de l'y ſuivre, & d'imiter l'abjuration que ſon mari fait de ſa patrie.

Le Droit Civil a beaucoup augmenté la puiſſance du mari ſur la perſonne de ſa femme.

Par l'ancien Droit Romain, la puiſſance qu'un pere de famille avoit ſur la perſonne de ſa femme, étoit immenſe; elle étoit la même que celle qu'il avoit ſur ſes enfans & ſur ſes eſclaves; il acqueroit cette puiſſance, de trois différentes manieres, *Confarreationne*, *coemptione*, & *uſu*. Ceux qui ſeront curieux de connoître quelles étoient ces différentes manieres d'acquérir cette puiſſance, & en quoi elle conſiſtoit, peuvent conſulter ce que nous en avons écrit ſur les Pandectes, au titre *De his qui ſui vel al. juris ſunt*, n°. IX, ſur-tout dans les notes, & *in prætermiſſis ad hunc titulum*.

2. Nous nous bornerons à traiter de ce en quoi notre Droit municipal fait principalement conſiſter la puiſſance qu'il donne au mari ſur la perſonne de ſa femme.

Nos Coutumes ont mis la femme dans une telle dépendance de ſon mari, qu'elle ne peut rien faire de valable, & qui ait quelque effet civil, ſi elle n'a été habilitée & autoriſée par lui à le faire.

La Coutume d'Orléans eſt celle qui s'en explique le mieux: il y eſt dit, *art.* 194, » femme mariée ne peut donner, aliéner, diſpoſer, ni aucune-» ment contracter entre-vifs, ſans autorité & conſentement de ſon mari. «

Sur cette autoriſation du mari, qui eſt néceſſaire à la femme, nous verrons dans une premiere Section, ce que c'eſt que cette autoriſation; ſur quoi elle eſt fondée; & comment elle peut être ſuppléée: dans une ſeconde, quelles ſont les femmes qui ont beſoin de l'autoriſation de leur mari; & quels ſont les maris qui peuvent autoriſer leurs femmes: dans une troiſieme, dans quels actes l'autoriſation eſt néceſſaire; & en quel cas la femme en eſt diſpenſée: dans une quatrieme, comment & quand doit s'interpoſer l'autoriſation: enfin, dans une cinquieme Section, nous expoſerons l'effet, tant de l'autoriſation, que du défaut d'autoriſation.

## SECTION PREMIERE.

*Ce que c'eſt que l'autoriſation du Mari, dont la Femme a beſoin: ſur quoi elle eſt fondée: quand la Femme commence à en avoir beſoin; & comment elle peut être ſuppléée.*

### §. I.

*Ce que c'eſt que l'autoriſation du mari, dont la femme a beſoin; & ſur quoi elle eſt fondée.*

3. On peut définir l'autoriſation du mari, qui eſt néceſſaire à la femme, un acte par lequel le mari habilite ſa femme pour quelque acte, qu'elle ne peut valablement faire que dépendamment de lui. Le

Le beſoin qu'a la femme de cette autoriſation de ſon mari, n'eſt pas fondé ſur la foibleſſe de ſa raiſon; car une femme mariée n'a pas la raiſon plus foible que les filles & les veuves, qui n'ont pas beſoin d'autoriſation.

La néceſſité de l'autoriſation du mari n'eſt donc fondée que ſur la puiſſance que le mari a ſur la perſonne de ſa femme, qui ne permet pas à ſa femme de rien faire que dépendamment de lui.

4. Il ſuit de ces principes, que l'autoriſation du mari, dont la femme a beſoin, eſt très-différente de l'autorité d'un tuteur, dont le mineur, qui eſt ſous puiſſance de tuteur, a beſoin. Celle-ci n'eſt requiſe uniquement qu'en faveur du mineur, pour empêcher qu'il ne ſoit ſurpris, & qu'il ne contracte quelque engagement préjudiciable à ſes intérêts : c'eſt pourquoi le défaut de cette autoriſation ne peut être oppoſé que par le mineur, ou par ceux qui ſont à ſes droits, & qui le repréſentent. Lorſque le mineur juge que le contrat qu'il a fait ſans l'autorité de ſon tuteur, lui eſt avantageux, il peut en pourſuivre l'exécution, ſans que ceux avec leſquels il a contracté, puiſſent lui oppoſer le défaut de l'autoriſation de ſon tuteur qui n'eſt pas intervenue au contrat : *Placuit* (dit Juſtinien au titre des Inſtitutes *de autor. tut.*) *meliorem quidem conditionem licere eis* (*pupillis*) *facere etiam ſine tutoris autoritate, deteriorem verò non aliter, quàm cum tutoris autoritate, undè ex quibus cauſis obligationes mutuæ naſcuntur, ut in emptionibus venditionibus*, &c. *ſi tutoris autoritas non interveniat, ipſi quidem qui cum his* (*pupillis*) *contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.*

Au contraire, l'autoriſation du mari, dont la femme a beſoin pour contracter valablement, n'étant pas requiſe en faveur de la femme, mais en faveur du mari, pour maintenir la puiſſance qu'il a ſur ſa femme, il n'importe pour la nullité d'un contrat, & autres actes que la femme fait ſans être autoriſée de ſon mari, que ces actes ſoient avantageux ou déſavantageux à la femme. C'eſt ce qui réſulte des termes employés par les Coutumes; *Femme mariée ne peut* AUCUNEMENT CONTRACTER. L'Ordonnance des Donations de 1731, reconnoît & ſuppoſe ce principe; car quoique l'acceptation que fait une femme mariée, d'une donation pure & ſimple qui lui eſt faite, ne puiſſe que lui être avantageuſe, néanmoins elle décide, *art.* 9, que cette acceptation eſt nulle, ſi la femme n'eſt autoriſée de ſon mari pour la faire.

5. De-là naît encore une autre différence entre l'autorité du mari, & celle d'un tuteur; celle-ci n'étant requiſe qu'en faveur du mineur, la nullité du contrat, que le mineur a fait ſans l'autorité de ſon tuteur, n'eſt qu'une nullité relative, qui n'a lieu qu'autant que le mineur jugeroit que le contrat lui eſt déſavantageux : c'eſt pourquoi, lorſque le mineur, devenu majeur, l'a approuvé, ſoit expreſſément en le ratifiant, ſoit tacitement en laiſſant paſſer le temps de la reſtitution, ſans s'être pourvu contre; cette approbation purge le vice qui réſultoit du défaut d'autorité du tuteur; & le contrat porte hypotheque de ce jour ſur les biens du mineur, lorſqu'il a été paſſé devant Notaires.

Au contraire, l'autoriſation du mari étant requiſe pour habiliter la femme à contracter, laquelle tant qu'elle eſt ſous puiſſance de mari, en eſt ſans

cette autorisation absolument incapable, la nullité des contrats, & autres actes qu'elle a faits sans cette autorisation, est une nullité absolue, qui ne peut être purgée ni couverte par la ratification que la femme feroit de cet acte depuis sa viduité; cette ratification ne peut donc rendre valable l'acte qui a été fait sans l'autorisation de son mari; elle ne peut valoir que comme un nouveau contrat, qui ne peut avoir d'effet que du jour qu'elle est intervenue.

6. Cette autorisation n'est pas un simple consentement; le contrat auquel le mari auroit donné son consentement, en y souscrivant, ne sera pas pour cela valable, s'il n'a pas expressément autorisé la femme pour le faire.

## §. II.

### *Quand la femme commence-t-elle à avoir besoin d'autorisation.*

7. La puissance qu'a le mari sur la personne de sa femme, étant un effet du mariage, elle ne peut commencer qu'avec le mariage, l'effet ne devant pas précéder sa cause: ce n'est donc que du jour de la bénédiction nuptiale que la femme passe sous la puissance de son mari, & par conséquent ce n'est que de ce jour que doit commencer le besoin qu'elle a d'autorisation, qui est un effet de cette puissance.

8. Néanmoins quelques Coutumes ont assujetti la femme, aussi-tôt qu'elle est fiancée, à se faire autoriser par son fiancé; telle est la Coutume d'Artois, qui dit en l'article 87: » La femme, dès qu'elle est fiancée, ne peut » contracter, ne disposer de ses biens par testament, ne autrement sans » l'autorité de son fiancé. »

Quoique Dumoulin ait traité d'impertinente cette disposition de Coutume: *Hoc ineptum*, dit-il en sa note, *cùm possit majus scilicet discedere à sponsalibus*, néanmoins elle doit être suivie dans son territoire.

9. Quoique cette Coutume assujettisse la femme à l'autorisation, *dès qu'elle* est fiancée, néanmoins vis-à-vis de ceux qui ont contracté avec une fiancée, cette incapacité ne peut leur être opposée, que lorsque les fiançailles ont été rendues publiques par la publication des bans; autrement il seroit injuste qu'ils fussent induits en erreur par des fiançailles qu'ils pouvoient ignorer; des fiançailles n'étant pas si publiques que l'est un mariage.

10. Cette puissance donnée au fiancé sur sa fiancée, étant un effet anticipé que cette Coutume donne au futur mariage, c'est une conséquence que lorsque le mariage ne se fait pas, il n'y a pas lieu à cette puissance; & que tout ce que la fiancée a fait sans l'autorité de son fiancé, est valable.

11. Cette disposition de la Coutume d'Artois, qui assujettit les femmes fiancées à la puissance du fiancé, ayant pour objet de régler l'état de ces femmes, est un statut personnel, qui ne peut par conséquent avoir lieu que sur les femmes soumises à son empire, par le domicile qu'elles ont dans son ressort, lors des fiançailles.

## §. III.

### *Comment l'autoriſation du mari eſt-elle ſuppléée par celle du Juge.*

12. Comme un mari pourroit refuſer d'autoriſer ſa femme pour des actes qu'elle a intérêt de faire, ou pourroit être trop éloigné pour donner cette autoriſation auſſi promptement que le cas l'exige, nos Coutumes ont pourvu à cela, en permettant en ce cas à la femme de ſe faire autoriſer par le Juge, ſur le refus, ou pour l'abſence de ſon mari. La femme doit en ce cas donner requête au Juge, par laquelle elle expoſe quel eſt l'acte pour lequel elle demande à être autoriſée, l'abſence ou le refus de ſon mari de l'autoriſer; duquel refus elle fait apparoir par la ſommation qu'elle lui en a faite. Le Juge en connoiſſance de cauſe, l'autoriſe par l'ordonnance qu'il met au bas de ſa requête. Cette autoriſation du Juge eſt repréſentative de celle du mari, & y ſupplée; elle rend la femme habile à faire l'acte pour lequel le Juge l'a autoriſée, de même que ſi elle étoit autoriſée par ſon mari.

13. La ſeule différence entre l'autoriſation du mari & celle du Juge, eſt que lorſqu'une femme, durant le mariage, a contracté quelque obligation, n'étant autoriſée que par le Juge, le créancier ne peut ſe faire payer, ſur les biens de la communauté, tant qu'elle ſubſiſte, ſi ce n'eſt juſqu'à concurrence de ce que la communauté auroit profité de l'affaire pour laquelle la femme a contracté l'obligation; ſauf à lui à ſe pourvoir après la diſſolution de la communauté, ſur les biens de la femme: au lieu que lorſque la femme a été autoriſée de ſon mari pour quelque obligation qu'elle a contractée durant le mariage, le mari ayant approuvé l'obligation, ne peut s'oppoſer au paiement que le créancier en exige durant la communauté; le mari a ſeulement droit de prétendre, lors de la diſſolution de la communauté, récompenſe de la ſomme qui en a été tirée pour l'acquitter, ſi la dette étoit une dette qui ne concernât que des affaires particulieres à la femme, dont elle eût ſeule profité, & dont elle fût ſeule débitrice.

14. Il reſte à obſerver qu'il n'y a qu'un Juge ſéculier qui puiſſe accorder cette autoriſation. Déniſart en ſes Notes ſur un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 22 Février 1695, rapporte un Arrêt de 1729, qui a déclaré abuſive l'Ordonnance d'un Official de Séez, ſéant à Mortagne, par laquelle il avoit autoriſé une femme, ſur le refus de ſon mari, à procéder devant lui, ſur une demande en réclamation de vœux qui avoit été donnée contr'elle, devant lui, par ſon fils. La raiſon eſt que l'autoriſation du Juge, qui rend la femme habile, ſoit à contracter, ſoit à eſter en jugement, concerne l'état civil de ſa perſonne, lequel eſt entiérement du reſſort de la puiſſance ſéculiere.

## SECTION II.

*Quelles ſont les femmes qui ont beſoin de l'autoriſation de leurs maris ; & quels ſont les maris qui peuvent autoriſer leurs femmes.*

### ARTICLE PREMIER.

*Quelles femmes ont beſoin de l'autoriſation de leurs maris.*

Nous traiterons cette queſtion par rapport, 1°. aux femmes ſéparées de biens : 2°. aux marchandes publiques : 3°. à celles dont le mari a perdu l'état civil : 4°. à celles dont le mari a perdu l'uſage de la raiſon : 5°. à celles dont on ignore ce qu'eſt devenu le mari : 6°. à celles dont le mari paſſoit pour mort dans le public.

#### §. I.

*Des femmes ſéparées de biens.*

15. Le beſoin qu'a une femme de l'autoriſation de ſon mari, pour les contrats & autres actes qui ſe préſentent dans le commerce de la ſociété civile, ayant ſon fondement dans la puiſſance que ſon mari a ſur ſa perſonne, comme nous l'avons vu en la Section précédente, & non ſur la communauté de biens en laquelle elle eſt avec ſon mari, on en doit conclure qu'une femme, quoique ſéparée de biens, ſoit par ſon contrat de mariage, ſoit par une ſentence de ſéparation intervenue depuis le mariage, ne laiſſe pas d'avoir beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour les actes qu'elle fait, ſauf pour ceux qui ne concerneroient que la ſimple adminiſtration de ſes biens.

C'eſt pourquoi, la ſeule différence que la ſéparation de biens met entre la femme, qui eſt ſéparée de biens, & celle qui ne l'eſt pas, par rapport à la néceſſité de l'autoriſation, eſt que la femme, qui n'eſt pas ſéparée, ne peut faire valablement aucun acte, aucun contrat, quel qu'il ſoit, ſans autoriſation de ſon mari, ou du Juge. Au contraire, la femme ſéparée, ayant par ſa ſéparation le droit d'adminiſtrer elle-même ſes biens, les Coutumes l'ont diſpenſée de l'autoriſation pour tous les actes qui ne concernent que la ſimple adminiſtration de ſes biens.

C'eſt ainſi qu'il faut entendre ce qui eſt dit en l'article 234 de la Coutume de Paris : » Une femme mariée ne ſe peut obliger ſans le conſentement de » ſon mari, ſi elle n'eſt ſéparée par effet, ou marchande publique. »

Le ſens de cet article, eſt que la femme mariée, qui n'eſt ni ſéparée ni marchande publique, ne peut en aucun cas, par quelqu'acte, ou par quelque contrat que ce ſoit, s'obliger ſans le conſentement de ſon mari.

Mais on n'en doit pas conclure que celle qui eſt ſéparée, puiſſe indiſtinctement, pour quelqu'acte que ce ſoit, ſe paſſer de l'autoriſation de ſon

mari : elle peut s'en paſſer ſeulement pour les actes & contrats qui ne concernent que l'adminiſtration de ſes biens, que la ſéparation lui donne droit d'adminiſtrer.

A l'égard de tous les autres actes, comme ſeroient les contrats de vente, ou d'échange d'un héritage, un emprunt de ſommes conſidérables, l'acceptation ou répudiation d'une ſucceſſion échue à la femme, & généralement tous les actes qui ne ſont pas de ſimple adminiſtration, la femme, quoique ſéparée, ne peut valablement les faire ſans l'autoriſation de ſon mari, ou du Juge.

16. La Coutume de Montargis s'eſt écartée de ces principes : cette Coutume diſpenſe entiérement la femme qui eſt ſéparée, de ſe faire autoriſer pour quelques actes que ce ſoit, de même que ſi elle étoit, à cet égard, délivrée de la puiſſance de ſon mari : elle dit au chapitre 8, article 6 : » Femme ſéparée, quant aux biens ſolemnellement, peut & lui loiſt contracter » & diſpoſer de ſes biens-meubles & immeubles, ainſi & en la maniere » qu'elle pourroit faire ſi elle n'étoit mariée. »

La Coutume de Dunois, *art.* 58, a une ſemblable diſpoſition.

Notre ancienne Coutume d'Orléans, en l'article 171, avoit la même diſpoſition, mais il a été retranché lors de la réformation ; & on obſerve aujourd'hui en cette Coutume, de même qu'ailleurs, que la femme n'eſt diſpenſée de l'autoriſation, que pour les actes de ſimple adminiſtration. Mornac, *ad* L. 21, *Cod. de procurat.*, rapporte un Arrêt rendu en la Coutume d'Orléans, l'an 1586, trois ans après ſa réformation, qui a jugé que la femme ſéparée avoit beſoin d'autoriſation pour l'aliénation de ſes immeubles : il eſt auſſi rapporté par Lalande.

Par la même raiſon, lorſqu'elle a vendu, étant autoriſée de ſon mari, quelque héritage, dont le prix n'a pas été payé lors du contrat, elle aura encore beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour en recevoir le prix, lorſque l'acheteur le payera ; car il en doit être fait un emploi auquel le mari a intérêt de veiller.

17. Dans les Coutumes qui admettent le principe, que la ſéparation ne diſpenſe la femme mariée de l'autoriſation que pour les actes d'adminiſtration, on a douté, ſi le rachat d'une rente conſtituée, qui étoit fait à une femme ſéparée à qui elle étoit due, pouvoit paſſer pour un acte de pure adminiſtration. La raiſon, pour le regarder comme tel, étoit que ce rachat étant un acte néceſſaire, la femme ne pouvoit refuſer ſon conſentement. Néanmoins comme il contient l'extinction, & par conſéquent l'aliénation du principal de la rente, qui eſt immeuble, & que le mari a intérêt d'y être appellé, afin de veiller au remploi des deniers pour la ſûreté des charges du mariage, auxquelles la femme doit contribuer, il a été jugé que l'autoriſation du mari, ou du Juge à ſon défaut, étoit néceſſaire. C'eſt pourquoi, lorſque le débiteur offre le rachat de la rente à la femme, ſi elle ne rapporte pas un acte d'autoriſation, ce débiteur peut demander, pour faire le rachat ſûrement, & pour être déchargé des intérêts, que les deniers demeurent en dépôt chez le Notaire, juſqu'à ce que la femme ait rapporté une autoriſation.

18. Il reste à observer, que pour qu'une femme puisse être regardée comme séparée, & qu'elle puisse en conséquence faire, sans autorisation, les actes d'administration de ses biens, il ne suffit pas qu'elle ait obtenu une sentence de séparation; il faut que cette sentence ait été mise à exécution, soit par la restitution de la dot, soit par des poursuites pour se la faire restituer, qui soient subsistantes. C'est ce que signifient ces termes de l'article 234, ci-dessus rapportés, *séparée par effet*.

La raison est, qu'une sentence de séparation, lorsqu'elle n'est pas suivie d'exécution, est regardée comme nulle & non avenue, comme nous le verrons en notre Traité de la Communauté, *n.* 518.

19. La simple clause d'exclusion de la communauté, ne dispense la femme de l'autorisation pour aucun acte; car cette clause ne prive pas le mari du droit de jouir des biens de sa femme, *ad sustinenda onera matrimonii*; cette clause n'en laisse pas l'administration à la femme, comme nous le verrons en notre Traité de la Communauté, *n.* 561.

## §. II.

### *De la femme Marchande publique.*

20. La Coutume de Paris, après avoir parlé de la femme séparée, parle aussi de la femme marchande publique : elle dit, *art.* 236 : » La femme, » marchande publique, se peut obliger sans son mari, touchant le fait & » dépendance de ladite marchandise. »

L'article 235, explique ce que la Coutume entend par marchande publique. Il y est dit : » La femme n'est réputée marchande publique, pour » débiter les marchandises dont son mari se mêle; mais est réputée mar- » chande publique, quand elle fait marchandise séparée, & autre que celle » de son mari. »

La femme d'un marchand, quoiqu'elle aide son mari dans son commerce, n'est donc pas ce que la Coutume entend par une marchande publique : elle ne peut, de même que toute autre femme, faire valablement en son propre nom, aucun acte ni aucun contrat, sans l'autorisation de son mari; & lorsqu'elle débite dans la boutique de son mari, & qu'elle fait quelqu'autres especes de marchés, que son mari est dans l'habitude de lui permettre de faire, ce n'est pas elle qui est censée contracter, elle ne fait que prêter son ministere à son mari, qui est censé contracter par son ministere : elle est en cela semblable à un facteur, ou fille-de-boutique, lesquels, lorsqu'ils contractent pour leur maître, ne sont pas censés contracter en leur nom, & ne s'obligent pas; mais obligent leur maître, qui est censé faire lui-même par leur ministere, les contrats qu'ils font pour lui, & qu'il est dans l'habitude de faire par leur ministere.

Pour qu'une femme soit marchande publique, & dans le cas de l'article de la Coutume, il faut donc qu'elle fasse publiquement un commerce dont son mari ne se mêle pas, soit que son mari n'en fasse aucun, soit qu'il en fasse un différent de celui de sa femme.

21. La femme marchande publique, peut, ſans avoir beſoin d'autoriſation, faire valablement tous les contrats qui dépendent de ſon commerce, tels que ſont les ventes & les achats des marchandiſes de ſon commerce, les achats des uſtenſiles, les louages des ouvriers & ouvrieres qu'elle emploie pour ſon commerce, les lettres de change qu'elle donne, qu'elle endoſſe, ou qu'elle accepte pour le fait de ſon commerce, *&c.*

L'utilité du commerce & la néceſſité, ont fait diſpenſer la marchande publique de l'autoriſation pour ces actes; cette femme n'ayant pas toujours ſon mari à ſes côtés, qui puiſſe l'autoriſer pour ces actes, leſquels ſouvent ne ſouffrent pas de retardement.

22. La marchande publique, non-ſeulement s'oblige elle-même par leſdits contrats, elle oblige auſſi ſon mari, lorſqu'elle eſt commune : (*Etant marchande publique*, dit l'article 234), *elle s'oblige & ſon mari, touchant le fait & dépendance de ladite marchandiſe*, & même par corps.

La raiſon eſt, que l'approbation que le mari eſt cenſé donner au commerce que fait ſa femme, à ſon vu & ſçu, renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait qui en dépendent, & une acceſſion de ſa part aux obligations qui en naiſſent.

## §. III.

### *De la femme dont le mari a perdu l'état civil.*

23. Le beſoin qu'ont les femmes de l'autoriſation de leurs maris, étant, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 2 & 3, un effet civil de la puiſſance que les maris ont ſur elles, il ſuit de-là, que lorſque le mari a perdu ſon état civil par une condamnation à une peine capitale, ayant en ce cas perdu tous les droits qu'il avoit dans la ſociété civile, dont il eſt retranché, & par conſéquent le droit de puiſſance qu'il avoit ſur ſa femme, quant aux effets civils, la femme qui eſt délivrée de cette puiſſance à cet égard, peut faire tous les actes & contrats qu'elle juge à propos de faire, ſans avoir beſoin de l'autoriſation de ſon mari, de même que ſi elle étoit fille, ou veuve.

Elle n'a pas non plus beſoin de ſe faire autoriſer par le Juge; car cette autoriſation n'étant que repréſentative & ſupplétive de celle du mari, elle ne peut être néceſſaire à une femme qui, étant délivrée de la puiſſance de ſon mari, quant aux effets civils, n'a plus beſoin de l'autoriſation de ſon mari.

24. Lorſque c'eſt par contumace que le mari a été condamné à une peine capitale, on ne peut contracter ſurement avec la femme, ſi elle n'eſt au moins autoriſée par le Juge, à défaut de l'autoriſation du mari. Il eſt vrai que ſi le mari meurt après les cinq ans écoulés depuis l'exécution de la ſentence, ſans s'être repréſenté, il eſt cenſé avoir perdu l'état civil du jour de l'exécution de la ſentence; & en conſéquence tous les actes faits depuis par la femme, quoique ſans autoriſation, ſont valables. Mais ſi le mari eſt mort dans les cinq ans, ou s'il s'eſt repréſenté, ou a été arrêté, la contumace étant en ce cas miſe au néant, & n'ayant eu aucun effet, la femme ne

ſera pas cenſée avoir été délivrée de la puiſſance de ſon mari, & en conſéquence, tous les actes par elle faits ſans autoriſation, ſeront nuls.

## §. IV.

### *De la femme dont le mari eſt tombé en démence.*

25. Lorſqu'un mari eſt tombé dans un état de démence, cet état étant une infirmité qui peut lui être ſurvenue ſans ſa faute, ne doit le priver d'aucun de ſes droits, ni par conſéquent du droit de puiſſance qu'il a ſur ſa femme; il en empêche ſeulement l'exercice: la femme demeurant donc toujours ſous puiſſance de mari, à défaut de l'autoriſation que ce mari ne peut lui donner, elle doit avoir recours à celle du Juge, qui en eſt repréſentative.

26. Lorſque dans ce cas la femme eſt créée curatrice par le Juge, à la perſonne & aux biens de ſon mari, ſa nomination à cette curatelle, renferme néceſſairement une autoriſation pour adminiſtrer, tant les biens de ſon mari, que les ſiens. La femme n'a donc pas beſoin d'aucune autre autoriſation; mais elle ne pourroit, ſans une autoriſation particuliere du Juge, aliéner quelqu'un de ſes héritages, accepter ou répudier une ſucceſſion qui lui ſeroit échue, & faire tout autre acte qui excéderoit les bornes d'une adminiſtration.

## §. V.

### *De la femme dont on ignore ce qu'eſt devenu le mari.*

27. Quoiqu'on ignore où eſt le mari, & qu'il ſoit incertain s'il eſt vivant ou mort, la femme doit avoir recours à l'autoriſation du Juge, pour ſuppléer à celle du mari; car ne pouvant pas être délivrée de la puiſſance de ſon mari, que par la mort naturelle ou civile de ſon mari, ni par conſéquent recouvrer ſans cela le pouvoir de contracter ſans autoriſation, qu'elle a perdu en ſe mariant, elle ne pourroit pas établir la validité des contrats, & autres actes qu'elle auroit faits ſans autoriſation, faute de pouvoir prouver, que lorſqu'elle a fait ſes actes, ſon mari étoit mort, & qu'elle avoit le pouvoir de contracter ſans autoriſation.

Néanmoins, comme il n'eſt gueres poſſible que la femme ait recours à l'autoriſation du Juge, pour chacun des actes qui ſont à faire pour l'adminiſtration des biens, tant de ſon mari que d'elle, j'aurois de la peine à ne pas regarder comme valables, tous les actes & contrats de pure adminiſtration, quoique faits ſans autoriſation: il eſt pourtant plus ſûr que cette femme ſe faſſe autoriſer par le Juge, pour cette adminiſtration.

## §. VI.

### *De la femme dont le mari paſſe pour mort dans le public.*

28. Lorſque la femme, & les perſonnes qui ont contracté avec elle, ont eu un juſte ſujet de croire que ſon mari étoit mort, & que la femme avoit en conſéquence le pouvoir de contracter ſans autoriſation; comme lorſqu'un homme

homme ayant été vu parmi les morts après une bataille, & cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, on a donné des certificats en bonne forme de sa mort; si sur la foi de ces certificats, la femme a fait plusieurs contrats avec plusieurs personnes, sans autorisation, & que le mari ait depuis reparu, je pense qu'en ce cas, tant la femme que ceux qui ont contracté avec elle, ayant eu, sur le fondement de ces certificats, un juste sujet d'être persuadés de la mort du mari, & ayant en conséquence contracté de bonne foi, sans l'autorisation qu'on croyoit de bonne foi n'être plus nécessaire, cette bonne foi, tant de la femme que de ceux qui ont contracté avec elle, doit suppléer au défaut de la formalité de l'autorisation, & rendre ces contrats valables. C'est le cas de cette maxime des interpretes, *error communis facit jus*: lorsque le public a un juste sujet de croire qu'une personne a un état, que dans la vérité elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle feroit si elle avoit véritablement cet état; autrement l'erreur dans laquelle est le public, sur l'état de cette personne, troubleroit le commerce, & seroit préjudiciable à toutes les personnes qui auroient affaire à elle. Suivant ces principes, dans l'espece proposée, l'erreur dans laquelle étoit le public, sur l'état de la femme qui passoit pour veuve, ayant eu un juste fondement dans les certificats en bonne forme, qui avoient été donnés de la mort de son mari; tous les actes & contrats que cette femme, qui passoit pour veuve, quoiqu'elle ne le fût pas, a faits sans autorisation, sont aussi valables que si elle eût été effectivement veuve. Voyez Barthole & les autres Docteurs, *ad L. Barbarius Philippus*, ff. *de Off. Prætoris.*

## ARTICLE II.

### *Quels maris peuvent autoriser leurs femmes.*

29. Un mari, quoique mineur, a le droit de puissance maritale sur la personne de sa femme, quoiqu'elle soit majeure; d'où il suit qu'un mari, quoique mineur, a le pouvoir d'autoriser sa femme, soit qu'elle soit mineure, soit qu'elle soit majeure, ce pouvoir étant un effet & une dépendance de la puissance qu'il a sur elle.

30. Un mari mineur, quoiqu'il n'ait pas le pouvoir d'aliéner ses propres biens immeubles, a néanmoins le pouvoir d'autoriser sa femme majeure pour l'aliénation de ses immeubles.

La femme, comme majeure, étant capable par elle-même d'aliéner ses immeubles, & n'ayant besoin pour le faire valablement, que de l'autorisation de son mari, l'aliénation qu'elle en fait, autorisée de son mari quoique mineur, est valable, & elle ne peut se faire restituer contre.

Mais si le mari mineur souffre quelque préjudice de l'autorisation qu'il a donnée pour l'aliénation de l'immeuble de sa femme, n'ayant pas reçu l'équivalent de la jouissance de cet immeuble, dont sa communauté est privée par l'aliénation qui en a été faite, les mineurs étant restituables contre tous les actes qu'ils font, qui sont préjudiciables à leurs intérêts, ce mari

mineur peut prendre des lettres de reſciſion contre l'autoriſation qu'il a donnée à ſa femme pour cette aliénation ; & cette autoriſation étant reſcindée & annullée, l'aliénation que la femme a faite, ſe trouvant par ce moyen deſtituée d'autoriſation, deviendra nulle ; rien de ce qu'une femme mariée fait, ne pouvant être valable ſans autoriſation.

Lorſqu'un mari mineur ne ſouffre aucun préjudice de l'autoriſation qu'il a donnée pour l'aliénation d'un héritage de ſa femme ; comme lorſqu'il a autoriſé ſa femme majeure pour faire à quelqu'un donation entre-vifs de ſon héritage propre, avec rétention d'uſufruit, l'acte ne peut recevoir d'atteinte ni de la part de la femme, ni de la part du mari. Il ne le peut de la part de la femme, puiſqu'étant majeure, elle eſt très-capable de diſpoſer de ſes héritages par donation entre-vifs, de même qu'à tout autre titre, pourvu qu'elle ſoit autoriſée de ſon mari.

L'acte ne peut pareillement recevoir d'atteinte de la part du mari ; car au moyen de la rétention de l'uſufruit, la jouiſſance de l'héritage devant toujours tomber dans ſa communauté tant qu'elle durera, il ne ſouffre aucun préjudice de l'autoriſation qu'il a donnée à ſa femme pour faire la donation, & il ne peut par conſéquent être recevable à ſe pourvoir contre ſon autoriſation.

31. Lorſque la femme eſt mineure, le mari qui eſt auſſi mineur, peut bien l'autoriſer pour les actes pour leſquels les mineurs émancipés n'ont pas beſoin de curateur, tels que ſont tous les actes de ſimple adminiſtration ; mais il ne peut lui tenir lieu de curateur pour les actes pour leſquels les mineurs émancipés ont beſoin d'un curateur, tels que ſont ceux qui concernent le fonds de quelqu'un de leurs immeubles. Par exemple, il ne ſuffit pas que le mari, lorſqu'il eſt mineur, ait été aſſigné avec ſa femme, ſur une demande en licitation, ou ſur une demande en retrait donnée contre ſa femme, & qu'il ſoit partie avec elle dans l'inſtance ; il faut que la femme ſoit, en outre, aſſiſtée d'un curateur pour y défendre.

Lorſque le mari eſt majeur, il peut tenir lieu à ſa femme de curateur.

32. A l'égard des actes que les mineurs ne peuvent faire valablement, même avec un curateur, un mari, quoique majeur, ne peut les rendre valables, en autoriſant ſa femme mineure pour les faire.

Par exemple, l'aliénation volontaire que la femme mineure auroit faite de quelqu'un de ſes immeubles, ne laiſſeroit pas d'être nulle, quoiqu'elle eût été autoriſée par ſon mari mineur : l'autoriſation du mari n'eſt pas néanmoins en ce cas tout-à fait inutile ; car l'incapacité qui réſulte de la minorité de la femme pour les aliénations volontaires de ſes immeubles, n'étant qu'une incapacité relative, qui n'eſt établie qu'en faveur de la mineure, la nullité des aliénations volontaires de ſes immeubles, que la femme mineure a faite, avec l'autoriſation de ſon mari, n'eſt qu'une nullité relative, qui donne ſeulement à la femme le droit de ſe pourvoir contre, & qui ceſſe par l'approbation que la femme, devenue majeure, donne à ces actes, ſoit expreſſément, ſoit tacitement, en laiſſant paſſer le temps dans lequel elle doit ſe pourvoir contre. Au contraire, l'incapacité en laquelle eſt une femme mariée, de rien faire ſans autoriſation, étant une incapacité abſolue, la nul-

lité des actes qu'elle fait ſans autoriſation, eſt une nullité abſolue ; ces actes ne peuvent jamais devenir valables, & il n'eſt pas beſoin de ſe pourvoir contre.

## SECTION III.

*Pour quels actes & pour quelles obligations l'autoriſation du mari eſt-elle néceſſaire ; & en quels cas la femme peut-elle eſter en jugement ſans ſon mari.*

### §. I.

*Pour quels actes.*

33. L'article de la Coutume, cité ci-deſſus, dit : *femme mariée ne peut donner, aliéner, ne aucunement contracter, &c.*

Ces termes, *ne peut aliéner*, comptennent les aliénations de meubles, auſſi-bien que les aliénations d'immeubles ; les aliénations néceſſaires, auſſi bien que les volontaires. Une femme mariée ne peut donc, ſans autoriſation, recevoir valablement le paiement des ſommes ou choſes qui lui ſont dûes ; car le paiement qui eſt fait à un créancier, renferme une aliénation de ſa créance.

Lorſque la femme paye, ſans autoriſation, ce qu'elle doit, le paiement pourroit paroître, ſelon la ſubtilité du Droit, n'être pas valable, parce qu'un paiement eſt une aliénation des choſes payées : néanmoins lorſque la dette n'eſt pas conteſtée, & que le terme de paiement eſt venu, on doit, pour éviter le circuit d'actions, déclarer valable le paiement qui en a été fait par la femme, quoique ſans autoriſation. Cela ſur-tout doit avoir lieu, lorſque le créancier a dépenſé de bonne foi les deniers qui lui ont été payés ; *Arg. L.* 9, §. 2, ff. *de auth. tut.*

Il ſuit auſſi de-là, qu'une femme mariée ne peut, ſans autoriſation, répudier une ſucceſſion qui lui eſt déférée ; car cette répudiation ſeroit une eſpece d'aliénation du droit qui lui eſt déféré.

Elle ne peut auſſi, ſans l'autoriſation de ſon mari ou du Juge, accepter une ſucceſſion, ni expreſſément, ni en faiſant ce qui paſſe pour être acte d'héritier ; car l'acceptation d'une ſucceſſion renferme une obligation que l'héritier contracte envers les créanciers & légataires de la ſucceſſion ; la femme n'étant pas capable de contracter une obligation ſans autoriſation, ne peut par conſéquent accepter une ſucceſſion ſans autoriſation.

34. Par ces termes, *ne aucunement contracter*, la Coutume déclare nuls tous les contrats que la femme fait ſans autoriſation, ſoit qu'ils lui ſoient préjudiciables, ſoit même qu'ils lui ſoient avantageux : elle ne peut pas plus obliger les autres envers elle, que s'obliger envers les autres. L'Ordonnance de 1731 a confirmé ces principes, en déclarant qu'une femme mariée ne pouvoit, ſans autoriſation, accepter valablement une donation qui lui étoit faite, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 4.

35. Outre les exceptions que ſouffrent ces principes, à l'égard des fem-

mes séparées & des femmes marchandes publiques, que nous avons rapportées en la section précédente, les Auteurs qui ont traité de cette matiere, ont coutume d'en apporter encore quelqu'autres: ils ont coutume d'excepter de la nécessité de l'autorisation, le contrat fait par une femme pour retirer son mari de prison. Cette opinion est fondée sur un Arrêt du 27 Août 1564, rendu *consultis classibus*, dans l'espece duquel le mari prisonnier ayant passé procuration à sa femme pour vendre une métairie, à l'effet d'employer le prix à satisfaire le créancier qui le retenoit en prison; & ayant omis par la procuration d'autoriser sa femme, la femme qui avoit vendu la métairie, & employé le prix à délivrer son mari de prison, ayant été depuis poursuivie en garantie par l'acheteur qui souffroit éviction, ayant opposé à l'acheteur, contre son obligation de garantie, le défaut d'autorisation, & ayant même pris des lettres de rescision, en fut deboutée par l'Arrêt.

37. Lebrun qui rapporte cet Arrêt, fait trois observations: il observe, 1°. que le sentiment du Barreau est de restreindre cette exception, au cas auquel le mari n'auroit pu être retiré autrement de prison, y étant retenu pour une dette pour laquelle un débiteur n'est pas admis au bénéfice de cession.

La Coutume de Normandie qui approuve non-seulement l'obligation de la femme, mais même la vente de ses héritages dotaux pour redimer son mari de prison, *art.* 541, dit: *pour redimer son mari de prison, de guerre ou de cause non civile.*

38. Une seconde observation que fait Lebrun, est qu'une femme peut bien être dispensée d'autorisation dans un contrat fait pour délivrer de prison son mari qui y est constitué; mais qu'il en est autrement, lorsque le contrat n'est fait que pour empêcher qu'il y soit constitué. Arrêt rapporté par Soefve, du 23 Mai 1653; *T.* 1, *Cent.* 4, 40.

39. Il fait une troisieme observation, qui est, que même lorsqu'il s'agit de retirer de prison le mari qui y est déja constitué, la femme, lorsqu'elle est mineure, ne peut s'obliger sans l'autorisation du Juge; Dufresne, *tom.* 1, de son Journal, *liv.* 6, *chap.* 15, sur la fin, dit que M. Talon en faisoit une maxime.

40. Quelques Auteurs ont aussi pensé que la femme mariée, pouvant contracter sans autorisation pour retirer son mari de prison, elle le pouvoit aussi pour s'en retirer elle-même, lorsqu'elle y étoit constituée pour stellionat.

Lebrun est d'avis contraire: il dit, que si le défaut d'autorisation n'est pas considéré lorsqu'une femme a contracté pour délivrer son mari de prison, c'est par une raison qui est particuliere au mari, qui est que la nécessité de l'autorisation ayant été établie en faveur du mari, elle ne doit pas être rétorquée contre lui dans une occasion aussi importante: cette raison n'ayant pas d'application à la femme, elle ne doit pas être dispensée d'autorisation, lorsqu'elle contracte pour se délivrer de prison, puisqu'il ne tient qu'à elle d'avoir recours à l'autorisation du Juge, lorsque son mari lui refuse la sienne.

Mais lorſqu'une femme mariée, marchande publique, a été conſtituée priſonniere pour fait de ſon commerce, Lebrun convient que le contrat qu'elle fait avec le créancier qui la retient en priſon, pour en ſortir, eſt valable ſans autoriſation : car il eſt du nombre des contrats relatifs à ſon commerce, pour leſquels nous avons vu que la femme marchande publique n'avoit pas beſoin d'autoriſation.

41. Outre le cas auquel la femme a contracté ſans autoriſation pour retirer ſon mari de priſon, les Arrêts ont paſſé quelquefois par-deſſus la formalité de l'autoriſation, dans des cas qui leur ont paru favorables. Mornac, *ad* L. 2, ff. *S. C. Vell.*; & Chenu, *q.* 116, rapportent un Arrêt du 12 Avril, 1595, qui a déclaré valable un contrat par lequel une femme, en l'abſence de ſon mari, avoit, ſans autoriſation, conſtitué une dot modique à ſa fille. L'Annotateur de Lebrun en rapporte un autre du 13 Mars 1651, qui a pareillement déclaré valable un contrat de dotation, fait par une femme non autoriſée pour l'entrée en Religion de ſa fille. Ces Arrêts ne doivent pas être tirés à conſéquence : une femme doit en ce cas avoir recours à l'autoriſation du Juge, lorſqu'elle ne peut avoir celle de ſon mari.

42. Ricard, Lebrun & d'autres Auteurs, exceptent encore de la néceſſité de l'autoriſation, les contrats qui interviennent durant le mariage entre le mari & la femme, tels que ſont les dons mutuels. Les moyens ſur leſquels ils fondent leur opinion, ne me paroiſſent pas ſolides : ils diſent,

1°. Que le beſoin qu'a la femme de l'autoriſation du mari, étant un droit établi en faveur du mari, on ne doit pas le rétorquer contre lui, & oppoſer le défaut d'autoriſation contre des contrats de ſa femme, lorſqu'il a intérêt qu'ils ſoient valables.

Ce principe eſt démenti par l'Ordonnance de 1731, *art.* 9, qui déclare nulles les donations que la femme a acceptées ſans être autoriſée, ſoit que la femme ſoit commune, ſoit qu'elle ſoit ſéparée, quoique le mari, lorſque la femme eſt commune, ait intérêt qu'elles ſoient valables, puiſque ſa communauté en profiteroit.

Ils diſent, 2°. que le mari ne peut autoriſer ſa femme dans un contrat qui intervient entr'elle & lui : *cùm nemo poſſit author eſſe in rem ſuam ;* la Coutume en permettant expreſſément le don mutuel entre mari & femme, pour lequel, dit-on, le mari ne peut autoriſer ſa femme, il diſpenſe tacitement cet acte de l'autoriſation.

Cette ſeconde raiſon n'eſt pas bonne : ſi un tuteur ne peut pas être *author in rem ſuam*, c'eſt que l'autorité du tuteur étant requiſe pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'eſt pas propre à autoriſer ſon mineur pour des contrats dans leſquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur ; ce qui ne reçoit aucune application à l'autoriſation du mari, qui n'intervient pas pour qu'il veille aux intérêts de la femme, qui eſt capable d'y veiller elle-même ; mais pour habiliter ſa femme à contracter : or il peut également l'habiliter pour un contrat qui intervient entre lui & ſa femme, comme pour des contrats que ſa femme fait avec des tiers. C'eſt pourquoi, nonobſtant l'avis de ces Auteurs, il eſt plus ſûr que le mari autoriſe ſa femme dans les contrats qui interviennent entre lui & elle. Auzanet rap-

porte un Arrêt du 28 Août 1635, qui a déclaré nul contre le mari un don mutuel, faute d'autorisation de la femme.

43. De droit commun, la femme n'a besoin d'autorisation que pour les actes entre-vifs ; elle n'en a pas besoin pour des dispositions testamentaires. C'est ce qui résulte de ces termes de la Coutume, *ne peut contracter* ENTRE-VIFS ; lesquels restreignent formellement la nécessité de l'autorisation aux actes ENTRE-VIFS ; d'où il suit qu'elle n'est point requise pour les dispositions testamentaires. La raison est, 1°. qu'il est de la nature de ces dispositions d'être l'ouvrage de la volonté seule du testateur, sans que celle d'aucune autre personne y doive influer : 2°. que les testamens étant la derniere volonté dans laquelle meurt le testateur, ils n'ont leur *être* qu'au temps de la mort du testateur, temps auquel cesse la puissance que le mari avoit sur la personne de sa femme, & auquel doit par conséquent cesser la nécessité de l'autorisation.

44. Il y a néanmoins quelques Coutumes qui assujettissent la femme mariée à l'autorisation, même pour ses dispositions testamentaires ; telles sont celles de Nivernois, Bourbonnois, Bourgogne, Normandie, *&c.*

La disposition de ces Coutumes ayant pour objet de régler l'état de la personne mariée, & l'étendue de la dépendance en laquelle elle est de son mari, doit être regardée comme un statut personnel, & elle ne peut en conséquence, suivant la nature des statuts personnels, exercer son empire que sur les personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans son ressort : c'est pourquoi une femme mariée qui a son domicile sous une Coutume qui n'exige pas l'autorisation, peut, sans autorisation, disposer par testament de tous ses biens, même de ceux situés sous les Coutumes qui l'exigent.

*Vice versâ.* Une femme mariée, domiciliée sous une Coutume qui exige l'autorisation du mari pour le testament des femmes mariées, ne peut, sans cette autorisation, disposer par testament, même de ceux de ses biens qui qui sont situés sous des Coutumes qui ne l'exigent pas, suivant la nature des statuts personnels, qui exercent leur empire sur les personnes qui y sont sujettes, par rapport à tous les biens, quelque part où ils soient situés.

45. Si une femme domiciliée sous une Coutume qui requiert l'autorisation du mari pour les testamens des femmes mariées, a fait son testament sans autorisation, le vice en seroit-il purgé par la translation de domicile des conjoints sous une Coutume qui ne demande pas l'autorisation ? La raison de douter est, que le testament ne recevant sa perfection qu'au temps de la mort du testateur, il semble que pour que le testament de cette femme soit valable, il suffit qu'elle ait été, au temps de sa mort, capable de le faire sans l'autorisation de son mari. La Loi 1, §. 8, *de bon. possess. sec. tab.* décide au contraire, que pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur ait eu la capacité de tester, aussi-bien au temps de la confection du testament, qu'au temps de sa mort : *exigit prætor ut is cujus bonorum possessio (secundùm tabulas) datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & quo testamentum fecit, & quo moritur.* La raison est, que le principe que les testamens reçoivent leur perfection lors de la mort du testateur,

ſuppoſe qu'il y a un teſtament qui a précédé la mort, auquel la mort donne la perfection qui lui manquoit; ſçavoir, l'irrévocabilité, & la force de donner un droit aux perſonnes, au profit de qui les diſpoſitions ſont faites; mais la mort du teſtateur ne peut donner cette perfection à un acte nul, par l'incapacité en laquelle étoit de le faire la perſonne qui l'a fait; un acte nul ne pouvant être perfectionné, le néant n'étant pas ſuſceptible de perfection. La femme, dans cette eſpece, ayant donc été incapable de faire le teſtament qu'elle a fait, faute de l'autoriſation que la loi à laquelle elle étoit alors ſujette, exigeoit, ſa mort ne peut le confirmer.

46. Lorſque la femme mariée a fait ſon teſtament, ſans autoriſation, dans un temps auquel elle n'en avoit pas beſoin, étant alors domiciliée ſous une Coutume qui ne l'exige pas, ſera-t-il valable ſi au temps de ſa mort elle ſe trouve domiciliée ſous une Coutume qui l'exige?

Il ſemble qu'il ne le peut être; car la Loi ci-deſſus rapportée, exige dans le teſtateur la capacité de teſter au temps de ſa mort: la raiſon eſt, que les teſtamens étant les dernieres volontés dans leſquelles meurt le teſtateur, & ne recevant par conſéquent leur perfection qu'au temps de la mort du teſtateur, il eſt néceſſaire, pour qu'un teſtament ſoit valable, que le teſtateur ſoit, lors de ſa mort, capable de teſter. Or, dit-on, cette femme qui ſe trouve, lors de ſa mort, ſujette à une Coutume qui demande l'autoriſation du mari pour les teſtamens des femmes mariées, n'ayant point été autoriſée pour faire le ſien, ſe trouve, lors de la mort, incapable de teſter; ces Coutumes ne réputant les femmes capables de teſter, que lorſqu'elles ſont par leurs maris habilitées & autoriſées.

Contre le principe, que pour qu'un teſtament ſoit valable, il faut que le teſtateur ait eu, lors de ſa mort, la capacité de teſter, on oppoſera peut-être ce qui eſt dit en la Loi 20, §. 4, ff. *qui teſtam.* qui décide que le teſtament d'un fou, qu'il a fait avant qu'il fût devenu fou, eſt valable; d'où on conclut qu'il n'eſt pas néceſſaire pour qu'un teſtament ſoit valable, que le teſtateur ait été au temps de ſa mort, capable de teſter, puiſque le teſtament d'un homme qui meurt fou, eſt valable, quoiqu'un fou ſoit incapable de teſter.

La réponſe eſt, qu'on doit faire une grande différence entre un empêchement de fait à la confection du teſtament, & une incapacité de droit de teſter qui réſulte de l'état de la perſonne: la folie ne forme qu'un empêchement de fait: un pere de famille fou, a par ſon état de pere de famille, le droit & la capacité de teſter; la folie n'eſt qu'un empêchement de fait qui l'empêche de pouvoir uſer de ſon droit: cet empêchement, de même que tous les autres empêchemens de fait à la confection d'un teſtament, ne ſont d'aucune conſidération hors le temps de cette confection; mais l'empêchement de teſter, en laquelle eſt dans ces Coutumes une femme mariée qui n'eſt pas autoriſée de ſon mari, eſt une incapacité de droit qui réſulte de ſon état de femme ſous puiſſance de mari, qui la rend inhabile, ſi elle n'eſt habilitée & rendue capable par l'autoriſation de ſon mari. Cette capacité de droit doit ſe trouver dans la perſonne de la teſtatrice, au temps de ſa mort;

le teſtament qui ne reçoit ſa perfection qu'au temps de la mort ; ne pouvant pas la recevoir dans un temps auquel la teſtatrice ſeroit incapable de teſter.

On répond mieux, en convenant du principe, que pour qu'un teſtament ſoit valable, le teſtateur doit avoir la capacité, c'eſt-à-dire, le droit de teſter ; mais en ſoutenant que dans l'eſpece propoſée, la femme avoit, lors de ſa mort, le droit de teſter, il eſt vrai que la Coutume à laquelle elle étoit ſujette, lors de ſa mort, appoſe au droit de teſter qu'ont les femmes mariées, la condition de ſe faire autoriſer de leurs maris pour faire leur teſtament ; parce que ces Coutumes ne leur permettent pas de rien faire, pas même un teſtament : ſans l'autoriſation de leurs maris ; mais cette condition qui concerne plutôt la confection du teſtament, que le droit de diſpoſer par teſtament, ne doit être requiſe & ne doit être conſidérée, que lors de la confection du teſtament ; la femme, dans notre eſpece, n'ayant pas été, lors de la confection de ſon teſtament, ſujette à une Coutume qui demandât l'autoriſation du mari, il a été fait valablement, & rien n'empêche qu'il ne puiſſe être confirmé par la mort de cette femme, qui a, lors de ſa mort, le droit de teſter. Un teſtament qui a été fait valablement lors de ſa confection, eſt confirmé par la mort du teſtateur, ſans qu'il ſoit beſoin qu'il intervienne pour cela aucun fait confirmatif de la part du teſtateur ; il ſuffit qu'il ne ſoit pas intervenu aucun fait contraire, c'eſt-à-dire, qu'il ne l'ait pas revoqué : or l'autoriſation du mari n'eſt requiſe que pour ce que *fait* la femme : il n'eſt donc pas beſoin d'autoriſation, pour que la mort de la femme, dans notre eſpece, confirme le teſtament.

C'eſt une queſtion entiérement ſemblable à la précédente, ſi, dans les Coutumes qui demandent l'autoriſation du mari, pour les teſtamens des femmes mariées, le teſtament qu'une fille a fait avant ſon mariage, a beſoin d'être confirmé par un acte fait avec l'autoriſation de ſon mari.

47. Dans les Coutumes qui demandent l'autoriſation du mari pour le teſtament des femmes mariées, une femme qui a fait un teſtament avec l'autoriſation de ſon mari, a-t-elle beſoin de ſon autoriſation pour le révoquer ? Je ne la crois pas néceſſaire : il eſt de l'eſſence des diſpoſitions teſtamentaires qu'elles ſoient la derniere volonté dans laquelle meurt le teſtateur : il ſuffit donc qu'il paroiſſe de quelque maniere que ce ſoit, que cette femme a changé de volonté à l'égard de ſes diſpoſitions teſtamentaires, pour qu'elles ne puiſſent être valables : or l'acte par lequel elle les a révoquées, fait ſuffiſamment connoître ſon changement de volonté, quoiqu'elle ne ſe ſoit pas faite autoriſer pour le faire.

C'eſt mal-à-propos que Guy-Pape oppoſe la regle de Droit : *quæque diſſolvuntur eodem modo quo colligata ſunt.* Cette regle qui ſuppoſe un lien déja formé, ne peut recevoir d'application aux diſpoſitions teſtamentaires, qui ne peuvent avoir aucun effet, juſqu'à ce qu'elles aient été confirmées par la mort du teſtateur qui meurt dans la même volonté.

En vain auſſi oppoſeroit-on, que *priùs teſtamentum non rumpitur niſi per poſterius æque perfectum* : car c'étoit une ſubtilité du Droit Romain ; & quoique le teſtament ne fût pas rompu, quant à la ſubtilité du Droit, ceux au profit

profit de qui les diſpoſitions qu'il contenoit, étoient faites, ne pouvoient en profiter contre la volonté du teſtateur : *his velut indignis auferebatur ſive hereditas, ſive legatum ;* L. 12, ff. *de his quæ ut indig.* L. 4, *Cod. d. tit.* Ajoutez que dans nos Coutumes nos teſtamens ne ſont que ce qu'étoient les codiciles d'un inteſtat, qui ſe révoquoient *nudâ voluntate.*

48. Ce qui a été dit des teſtamens, ne doit pas être étendu aux contrats dont l'exécution eſt différée après la mort de la femme : l'autoriſation du mari eſt néceſſaire à la femme pour ces contrats, même dans les Coutumes qui ne la demandent pas pour les teſtamens.

La raiſon eſt, que les teſtamens n'ont aucun effet, qu'au temps de la mort de la femme, temps auquel ceſſe la puiſſance du mari ; au-lieu que les contrats, quoique leur exécution ſoit différée après la mort de la femme, ont néanmoins leur effet du jour de leur confection. C'eſt de ce jour qu'ils produiſent les engagemens qui en naiſſent : la femme n'étant pas alors capable de contracter aucuns engagemens, ſans l'autoriſation de ſon mari, elle ne peut, ſans cette autoriſation, faire valablement ces contrats.

49. La femme mariée n'a beſoin d'autoriſation, que pour les actes qu'elle fait en ſon nom : lorſqu'elle contracte, comme fondée de procuration, ſoit de ſon mari, ſoit de quelqu'autre perſonne que ce ſoit, il n'eſt pas beſoin d'autoriſation ; car ce n'eſt pas elle, en ce cas, qui contracte, c'eſt celui qui lui a donné procuration, qui contracte par ſon miniſtere.

Par la même raiſon, lorſqu'une femme mariée arrête les parties des marchands & artiſans, pour les fournitures faites pour le ménage, ces arrêtés qu'elle fait, par le conſentement tacite de ſon mari, qui eſt dans l'uſage de la charger de ce ſoin, n'ont pas beſoin de l'autoriſation du mari pour être valables ; car ce n'eſt pas la femme qui eſt cenſée faire en ſon nom ces arrêtés, c'eſt le mari qui eſt cenſé les faire par le miniſtere de ſa femme.

## §. II.

### *Pour quelles obligations la femme mariée a-t-elle beſoin de l'autoriſation de ſon mari.*

50. La Coutume de Paris dit en termes généraux, en l'article 234 : « Une femme mariée ne ſe peut obliger ſans le conſentement de ſon mari, » ſi elle n'eſt ſéparée, ou marchande publique. »

Quelque généraux que ſoient ces termes, ils ſont néanmoins ſuſceptibles des diſtinctions que nous allons rapporter.

Cette maxime, que la femme mariée ne peut s'obliger ſans le conſentement & l'autorité de ſon mari, n'eſt qu'une conſéquence du principe rapporté ci-deſſus, *n.* 2, qu'une femme mariée ne peut rien faire de valable, & qui ait quelqu'effet civil, ſi elle n'eſt habilitée & autoriſée par ſon mari pour le faire. C'eſt pourquoi la maxime doit être reſtreinte aux obligations qui naîtroient de quelque fait de la femme, pour lequel elle n'auroit pas été autoriſée.

Par exemple, une femme mariée n'eſt pas capable des obligations qui

naiſſent de quelque contrat (1) que ce ſoit, ni de celles qui naiſſent d'une acceptation de ſucceſſion, ou d'une geſtion d'affaires d'autrui, ou d'affaires communes, ſi elle n'a été autoriſée pour faire ces contrats, ou pour cette acceptation de ſucceſſion, ou pour cette geſtion, ne pouvant ſans autoriſation, faire valablement toutes ces choſes.

Mais à l'égard des obligations que nous contractons, ſans aucun fait de notre part, la femme eſt capable de ces obligations, comme toute autre perſonne, ſans le conſentement de ſon mari.

Telles ſont, 1°. les obligations que nous contractons, *ex quaſi contractu*, par le fait d'un autre, ſans aucun fait de notre part. Par exemple, ſi pendant l'abſence du mari & de la femme, une perſonne a fait faire des réparations urgentes à une maiſon du propre de la femme, la femme eſt obligée envers cette perſonne *ex quaſi contractu negotiorum geſtorum*, ſans qu'il ſoit beſoin qu'il intervienne aucun conſentement de ſon mari; car c'eſt le fait de ce *negotiorum geſtor*, qui produit cette obligation, ſans aucun fait de la femme.

Telles ſont, 2°. les obligations que la loi ſeule, ou l'équité ſeule produit: la femme mariée eſt, comme toute autre perſonne, capable de ces obligations, ſans que le conſentement de ſon mari ſoit néceſſaire.

51. De-là ſuit la déciſion de la queſtion ſuivante. J'ai prêté à une femme mariée une ſomme de mille écus, ſans qu'elle ait été autoriſée à l'emprunter; mais elle en a profité, étant juſtifié qu'elle l'a employée en entier à l'acquittement de ſes dettes; pourrai-je exiger cette ſomme? La réponſe eſt, qu'elle n'a pu, à la vérité, contracter l'obligation de me rendre cette ſomme, qui naît du contrat de prêt; car n'ayant pu valablement faire ce contrat ſans être autoriſée, elle eſt incapable de l'obligation qui naît de ce contrat: mais ſi elle n'eſt pas capable de cette obligation qui naît du contrat de prêt, elle eſt capable de celle que forme en elle la loi naturelle ſeule, & indépendamment d'aucun contrat. Cette loi ne permet pas qu'on puiſſe s'enrichir aux dépens d'un autre: *Neminem æquum eſt cum alterius detrimento locupletari*; L. 206, ff. *de reg. jur.*; & elle oblige en conſéquence cette femme à me rendre la ſomme qu'elle a reçue de moi, & qui lui a ſervi à acquitter ſes dettes, ſans quoi elle s'enrichiroit à mes dépens; ce que la loi naturelle ne permet pas.

52. La femme mariée contracte auſſi, ſans le conſentement de ſon mari, les obligations qui naiſſent de ſes délits & quaſi-délits; mais comme le mari, qui, pendant tout le temps que la communauté dure, a droit de jouir de tous les revenus des biens de la femme, ne doit pas ſouffrir des délits de ſa femme, lorſqu'il n'y a pas eu de part, & qu'il n'a pu les empêcher, ceux auxquels la femme a fait tort, & qui ont obtenu contr'elle des condamnations pécuniaires, ne peuvent s'en faire payer ſur les revenus des biens de la femme, tant que la communauté durera, leſdits revenus appartenans au mari pendant ledit temps.

(1) Sauf aux cas d'exception ci-deſſus.

53. Quoique le dol qu'une femme commet en contractant, ſoit une eſpece de délit, néanmoins il n'oblige point la femme qui a contracté ſans autoriſation ; celui qui en ſouffre, devant s'imputer d'avoir contracté avec elle.

54. Lorſque la femme a trompé celui avec qui elle a contracté, en prenant la qualité de fille majeure, ou de veuve, s'oblige-t-elle, en ce cas, envers celui avec qui elle a contracté ? Il faut diſtinguer, ſi celui qui a contracté avec cette femme, a pu s'informer de l'état & de la condition de cette femme, la femme, en ce cas, ne ſera pas obligée envers lui : il devoit s'informer de l'état de cette femme : *qui cum aliquo contrahit, debet eſſe gnarus conditionis ejus cum quo contrahit ;* autrement il y auroit une voie ouverte d'éluder la Loi, qui ne permet pas aux femmes mariées de contracter ſans autoriſation, en leur faiſant prendre la qualité de fille majeure, ou de veuve.

Mais lorſqu'une femme, qui n'étoit point avec ſon mari, dont on ignoroit le mariage dans le lieu de ſa demeure, & qui paſſoit dans le public pour fille, contracte dans ce lieu, elle s'oblige envers ceux avec qui elle contracte ; comme il n'étoit gueres poſſible, en ce cas, aux perſonnes qui ont contracté avec cette femme, de s'informer ſi elle eſt mariée, on ne peut leur imputer de ne l'avoir pas fait. On peut appliquer à ce cas la Loi *Barbarius Philippus*, ff. *de off. præt.*

## §. III.

### *Du beſoin qu'a la femme de l'aſſiſtance de ſon mari pour eſter en jugement.*

55. La femme mariée, étant ſous la puiſſance de ſon mari, ne peut ordinairement eſter en jugement, ſans l'aſſiſtance de ſon mari ; ce n'eſt que par cette aſſiſtance qu'elle a *legitimam ſtandi in judicio perſonam.*

La Coutume de Paris, *art.* 224, en a une diſpoſition : il y eſt dit, » Femme ne peut eſter en jugement, ſans le conſentement de ſon mari, ſi elle » n'eſt autoriſée, ou ſéparée par Juſtice, & ladite ſéparation exécutée. »

La même diſpoſition ſe trouve dans la plupart des Coutumes, & elle eſt un droit commun pour tout le pays coutumier.

C'eſt pourquoi, quoique les actions qui concernent la propriété des biens-immeubles de la femme, appartiennent à la femme, & que le mari ne puiſſe les intenter ſans ſa femme, ni y défendre ſans elle, la femme ne peut pas non plus intenter leſdites actions ſans ſon mari, ni y défendre ſans lui.

Lors donc qu'une femme mariée intente une demande, l'exploit d'aſſignation doit être donné à la requête du mari & de la femme. Si la demande étoit donnée à la requête de la femme ſeule, elle ſeroit nulle, auſſi-bien que toute la procédure qui auroit été faite, & la ſentence qui auroit été rendue ſur cette demande.

Pareillement, lorſque quelqu'un intente une action contre une femme mariée, il doit donner la demande contre le mari & la femme : la demande qui ſeroit donnée contre la femme, ſeroit nulle, auſſi-bien que toute la procédure & la ſentence.

56. Ce principe, qu'une femme mariée ne peut eſter en jugement ſans ſon mari, a lieu, même à l'égard des inſtances commencées avant ſon mariage. C'eſt pourquoi, ſi pendant le cours d'une inſtance ſur une demande qu'une fille a donnée contre quelqu'un, ou qu'on a donnée contr'elle, cette fille ſe marie, on ne peut plus, depuis ſon mariage, procéder valablement, ni de part ni d'autre, juſqu'à ce que l'inſtance ait été repriſe par ſon mari; ou que ſur le refus de reprendre l'inſtance, elle ait été autoriſée par Juſtice à continuer de la pourſuivre, ou d'y défendre.

57. Ce principe ſouffre quelques exceptions. L'article 224, ci-deſſus rapporté, *n.* 55, en rapporte deux.

La premiere réſulte de ces termes : *Si elle n'eſt autoriſée.*

Une femme ne devant pas être expoſée à perdre des droits qui lui appartiennent, par le caprice de ſon mari, qui refuſeroit mal-à-propos de l'autoriſer ſur la demande qu'elle veut donner pour les pourſuivre en Juſtice, la Coutume lui permet de ſe faire autoriſer par le Juge, pour donner la demande. L'autoriſation du Juge ſupplée, en ce cas, à celle du mari; & elle habilite la femme à eſter en jugement ſur cette demande, ſans le conſentement de ſon mari.

58. La femme, pour avoir cette autoriſation, doit faire apparoir au Juge du refus de ſon mari, ſur la ſommation qu'elle lui a faite.

Il n'eſt pas néceſſaire qu'elle prouve la juſtice de la demande qu'elle veut intenter, pour que le Juge doive autoriſer la femme à l'intenter : il faut néanmoins qu'elle ait quelqu'apparence de fondement. C'eſt pourquoi la Coutume de Sédan, *tit.* 4, *art.* 96, après avoir dit que la femme ne peut pas eſter en jugement ſans ſon mari, ajoute : *n'étoit que pour ſon profit & cauſe raiſonnable, elle fût autoriſée par Juſtice.*

Ce qui eſt dit par la Coutume de Bourbonnois, que la femme doit être autoriſée par le Juge, *au refus du mari, ſans cauſe légitime* : par celle de Péronne, *au cas qu'il fût refuſant, ſans cauſe raiſonnable*, fait auſſi connoître que cette autoriſation ne doit être accordée par le Juge, qu'avec quelque connoiſſance de cauſe.

59. Pareillement, lorſque le mari, aſſigné avec ſa femme pour défendre à une demande intentée contre ſa femme, déclare qu'il ne veut pas y défendre, la partie peut demander que la femme ſoit autoriſée par le Juge, pour y défendre.

60. Cette autoriſation du Juge, accordée à la femme, ſoit pour intenter des actions, ſoit pour y défendre, ne préjudicie point au mari, lequel n'eſt point tenu ſur les revenus des biens de ſa femme, dont il a droit de jouir, des condamnations qui interviendroient contre ſa femme dans ces inſtances, ni des frais, ſi ce n'eſt juſqu'à concurrence de ce que ſa communauté en auroit profité.

61. La Coutume de Paris, en l'article ci-deſſus rapporté, fait une ſeconde exception à l'égard des femmes, par ces termes : *ou ſéparée par Juſtice, & ladite ſéparation exécutée.*

Ce pouvoir que la Coutume donne aux femmes ſéparées, d'eſter en jugement, ſans l'aſſiſtance de leurs maris, étant une ſuite du pouvoir que la

ſéparation leur donne d'adminiſtrer leurs biens, ſans avoir beſoin pour cela de leur mari, il eſt évident que cette exception pour les femmes ſéparées, ne doit s'entendre que des actions qui concernent l'adminiſtration de leurs biens, qu'elles peuvent intenter, & auxquelles elles peuvent défendre ſans leurs maris.

A l'égard de celles qui concernent la propriété de leurs immeubles, les femmes, quoique ſéparées, ne peuvent les intenter ni y défendre, ſans l'aſſiſtance de leur mari, ou l'autoriſation du Juge.

La Coutume veut que la ſéparation ſoit exécutée : car, comme nous l'avons déja vu *ſuprà*, *n.* 18, les ſentences de ſéparation qui n'ont pas été miſes à exécution, ſont regardées comme non avenues, & n'ont aucun effet.

La Coutume dit, *ſéparées par Juſtice :* elle entend par ces termes, qu'une ſéparation qui ſe fait par une ſimple convention, intervenue entre les conjoints, durant le mariage, ne donneroit pas de même le pouvoir à la femme d'eſter en jugement ſans ſon mari, ces conventions étant nulles, & ne pouvant produire aucun effet. C'eſt en ce ſens que ſont entendus ces termes, *par Juſtice*, dans l'acte de notoriété du Châtelet de Paris du 8 Mai 1703 : mais la Coutume n'entend pas par ces termes, *par Juſtice*, reſtreindre au ſeul cas des ſéparations *judiciaires*, le pouvoir qu'elle donne aux femmes ſéparées, & ne pas l'accorder dans le cas des ſéparations contractuelles, portées par le contrat de mariage. Il y a même raiſon dans l'un & dans l'autre cas; la ſéparation contractuelle, qui eſt une loi irréformable du contrat de mariage, paroît même quelque choſe de plus fort que la judiciaire.

62. Quelques Coutumes ajoutent une troiſieme exception, à l'égard des femmes Marchandes publiques, auxquelles elle donne le pouvoir d'intenter, ſans leur mari & ſans autoriſation, les demandes relatives à leur commerce, & d'y défendre ; telles ſont celles de Dourdan, *tit. 6*, *art.* 80; de Mante, *art.* 125.

Les Marchandes publiques ont-elles ce pouvoir dans la Coutume de Paris, & dans celles qui ne s'en ſont pas expliquées ? Je ne le crois pas. Si la Coutume de Paris eût voulu donner ce pouvoir aux femmes marchandes publiques, elle les auroit compriſes avec les femmes ſéparées, dans l'exception de l'*art.* 224, comme elle les a compriſes avec les femmes ſéparées, dans l'exception de l'*art.* 234.

La ſéparation donne à la femme le pouvoir d'adminiſtrer ſes biens, & d'en jouir pour ſon compte particulier ; c'eſt une ſuite de ce pouvoir que la femme puiſſe donner les demandes qui concernent cette jouiſſance, & y défendre, ſans le conſentement de ſon mari, qui n'y a aucun intérêt. Au contraire, la femme marchande publique exerce ſon commerce pour le compte de la communauté. Si le mari en lui permettant de faire un commerce, eſt cenſé lui permettre de faire, ſans le conſulter, tous les contrats rélatifs à ce commerce, ce n'eſt pas une conſéquence qu'il doive être cenſé lui avoir permis pareillement d'intenter & de ſoutenir, ſans ſon conſentement, des procès, quoique relatifs à ce commerce.

63. Le principe que la femme ne peut eſter en jugement ſans ſon mari, ſouffre une quatrieme exception à l'égard des accuſations criminelles : une

femme mariée, contre qui on a intenté une accusation criminelle, peut ester en jugement pour y défendre, sans l'assistance de son mari, de même qu'un mineur, sans l'assistance de son tuteur.

64. Mais lorsqu'une femme veut intenter une accusation criminelle contre quelqu'un, elle doit être autorisée ou par son mari, ou par Justice. Cette distinction entre le cas auquel la femme est poursuivie pour injure qu'elle a faite à quelqu'un, & le cas auquel elle poursuit celle qui lui a été faite, a été observée par la Coutume de Poitou, *tit.* 3, *art.* 126.

65. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 200, permet aux femmes d'ester en jugement, sans leur mari, tant en demandant qu'en défendant, pour les actions qui naissent des délits. Elle dit : » femme mariée peut intenter & » poursuivre en jugement, sans son mari, l'injure dite ou faite à elle ; & » aussi peut être convenue, pour l'injure qu'elle auroit faite ou dite à » aucun. »

Ces termes, *l'injure dite ou faite à elle*, comprennent tous les délits, de quelqu'espece qu'ils soient, commis envers la femme. La Coutume l'autorise *à en poursuivre la réparation* sans son mari ; ce qui doit s'entendre, soit par plainte', soit par action civile ; car ce terme, *poursuivre*, est général, & comprend l'une & l'autre voie.

Pareillement, ces termes, *peut être convenue pour l'injure, &c.* comprennent, tant la demande au civil, que la plainte, & s'entendent de tous les délits commis par la femme contre quelqu'un.

66. La Coutume ajoute » toutefois si ladite femme est condamnée, le » mari & les biens que lui & sadite femme ont & possedent, constant leur » mariage, n'en sont tenus durant la communauté de biens. «

La Sentence de condamnation, obtenue contre la femme seule, donne bien un droit d'hypotheque sur les biens de la femme, à ceux qui l'ont obtenue ; mais elle ne peut préjudicier au droit qu'a le mari de jouir des biens de sa femme, pendant tout le temps que doit durer la communauté, dans laquelle lesdits revenus doivent tomber.

## SECTION IV.

### *Comment & quand doit s'interposer l'autorisation du mari.*

Il faut à cet égard distinguer entre les actes extrajudiciaires & les actes judiciaires. Nous verrons dans un premier paragraphe, comment doit s'interposer l'autorisation du mari dans les actes extrajudiciaires : dans un second, quand elle doit être interposée : dans un troisieme, nous traiterons de la forme de l'autorisation pour les actes judiciaires.

### §. I.

### *Comment l'autorisation du mari doit-elle s'interposer dans les actes extrajudiciaires.*

67. Il faut à cet égard distinguer entre les actes de simple administration, & ceux qui passent les bornes d'une simple administration, qui ont

pour objet la propriété des biens-immeubles de la femme, qui tendent à en diſpoſer, à les aliéner, & à les charger d'hypotheques. Une autoriſation générale, portée par une procuration du mari, par laquelle il autoriſe ſa femme à adminiſtrer ſes biens, ſuffit pour tous les actes & contrats que fait la femme, qui ne paſſent pas les bornes de cette adminiſtration : il ſuffit pour ces actes, que la femme s'y diſe autoriſée par la procuration d'un tel jour, laquelle contient cette autoriſation. La femme n'a pas beſoin en tout d'autoriſation pour ces actes, lorſqu'elle eſt ſéparée.

A l'égard des autres actes & contrats, l'autoriſation du mari doit être expreſſe & ſpéciale pour le contrat qui ſe paſſe ; les autoriſations générales, portées, ſoit par une procuration, ſoit même par un contrat de mariage, par lequel un mari autoriſe ſa femme à diſpoſer comme bon lui ſemblera de ſes immeubles, à les aliéner & à les hypothéquer, ſont regardées comme nulles & de nul effet, étant contraires aux Loix, en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les Loix veulent que les femmes ſoient de leurs maris.

Cette Juriſprudence nous eſt atteſtée par un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 22 Février 1695 ; il y eſt dit : » Nous atteſtons que » l'*art.* 223 de la Coutume de Paris, s'obſerve exactement & à la lettre, » ſans aucune reſtriction, de maniere que toute femme mariée ne peut » vendre, aliéner, ni hypothéquer ſes immeubles, ſans l'autoriſation *expreſſe* » de ſon mari ; que tous les actes faits ſans une autoriſation expreſſe, ſont » nuls, & que par conſéquent *toutes les autoriſations* générales, par des pro» curations, par contrat de mariage ou autres actes, ne peut jamais ſup» pléer ce que la Coutume demande, *&c.*

La même choſe eſt répétée plus bas. Il y eſt dit, que la procuration générale, de même que la ſtipulation, faite par un contrat de mariage, pour donner la liberté à une femme de diſpoſer, ne peut s'étendre qu'à la jouiſſance.

La même choſe eſt atteſtée par les actes de notoriété des 12 Novembre 1699, & 23 Février 1708, qui diſent, qu'il faut que l'autoriſation ſoit ſpéciale ; *miſe* in ipſo actu, *ou par une procuration faite ſpécialement pour l'acte qui ſe paſſe.*

68. Pour que le mari ſoit cenſé avoir autoriſé ſa femme, il ne ſuffit pas qu'il ait déclaré par le contrat, qu'il y donnoit ſon conſentement, & qu'il l'approuvoit ; car, comme nous l'avons déja vu *ſuprà*, *n.* 3, l'autoriſation eſt quelque choſe de plus qu'un conſentement ; c'eſt un acte par lequel il habilite ſa femme à faire le contrat : il eſt donc abſolument néceſſaire qu'il déclare qu'il autoriſe ſa femme ; ce terme eſt comme ſacramentel, & je ne vois que celui d'*habiliter*, qui puiſſe paroître équipollent.

Sans cela, le conſentement formel donné par le mari au contrat de ſa femme, n'empêcheroit pas le contrat d'être abſolument nul, faute d'autoriſation.

69. Il faut dire la même choſe, à plus forte raiſon, du conſentement tacite : c'eſt pourquoi, quoique le mari ait ſouſcrit au contrat de la femme, s'il n'a pas dit expreſſément qu'il autoriſoit ſa femme, le contrat ſera nul.

Pareillement, quoique le mari ait été conjointement avec ſa femme, partie au contrat, & ſe ſoit obligé conjointement avec elle, s'il n'eſt pas dit qu'il a autoriſé ſa femme, le contrat ne ſera valable qu'à l'égard du mari; il ſera nul à l'égard de la femme. Lebrun, *ſect.* 4, *n.* 15, cite pluſieurs Arrêts qui l'ont ainſi jugé.

Si le mari ne s'étoit obligé par ce contrat, que comme caution de ſa femme, le contrat ſeroit nul, non-ſeulement par rapport à la femme, par le défaut d'autoriſation; mais il le ſeroit encore en ce cas, par rapport au mari; un cautionnement étant nul, lorſque l'obligation principale eſt nulle, comme nous l'avons vu en notre Traité des Obligations, *n.* 366.

70. C'eſt encore une conſéquence de notre principe, que lorſque le mari a prêté ſon miniſtere à ſa femme pour contracter, *putà*, lorſqu'il a vendu un héritage de ſa femme, en vertu de la procuration qu'elle lui avoit envoyée pour le vendre, le contrat ne laiſſe pas d'être nul, ſi le mari n'y a pas expreſſément déclaré qu'il autoriſoit ſa femme pour ce contrat.

Lebrun, *ſect.* 4, *n.* 23, obſerve qu'il faut que le mari déclare qu'il autoriſe ſa femme, non-ſeulement pour le préſent contrat, mais auſſi pour la procuration qu'elle lui a donnée pour le faire en ſon nom; autrement la procuration étant nulle, faute d'autoriſation, le contrat fait en vertu de cette procuration, ne pourroit ſe ſoutenir.

## §. II.

### *Quand l'autoriſation du mari doit-elle être interpoſée.*

71. Nous ne ſommes pas ſi rigoureux à l'égard de l'autoriſation du mari, dont la femme a beſoin, que l'étoient les Romains à l'égard de celle du tuteur, dont le pupille avoit beſoin pour contracter : celle-ci ne pouvoit être utilement interpoſée, que lors de la paſſation de l'acte par le tuteur en perſonne : *Tutor in ipſo negotio præſens debet author fieri. Inſtit. tit. de auth. tut.* §. 2.

Au contraire, il n'eſt pas préciſément néceſſaire que l'autoriſation du mari, dont la femme a beſoin pour contracter, ſoit interpoſée préciſément lors de la paſſation du contrat pour lequel on en a beſoin; il n'eſt pas néceſſaire non plus que le mari ſoit préſent à ce contrat; le mari peut valablement autoriſer ſa femme par un acte qui précede celui pour lequel il l'autoriſe, & il n'importe quel intervalle de temps il y ait entre l'acte d'autoriſation, & le contrat pour lequel la femme a été autoriſée.

Il eſt à propos en ce cas d'annexer à la minute du contrat, l'acte de procuration, par lequel le mari a déclaré qu'il autoriſoit ſa femme pour le faire; autrement, ſi par la ſuite on attaquoit le contrat, & qu'on ne pût rapporter cette procuration, on ne pourroit établir la validité du contrat; l'énonciation faite par le contrat, que la femme eſt autoriſée par acte d'un tel jour, paſſé devant tel Notaire, & qu'elle l'a repréſenté, ne ſuffiroit pas pour établir la validité du contrat, l'acte d'autoriſation n'étant pas rapporté.

72. Obſervez

72. Obſervez que quoiqu'il ne ſoit pas néceſſaire que l'acte d'autoriſation du mari ſoit interpoſé préciſément lors de la paſſation du contrat, il eſt néanmoins néceſſaire qu'il ſoit fait mention dans le contrat, de l'autoriſation, & que la femme par le contrat, ſe diſe autoriſée, & contracte avec la qualité de femme autoriſée.

Sans cela, le contrat ſera nul, quoique la femme ait été autoriſée pour le faire; car en ne faiſant pas uſage de l'autoriſation de ſon mari, en contractant comme une femme libre, ſans ſe dire autoriſée, c'eſt la même choſe que ſi elle ne l'avoit pas été.

73. Lorſque j'ai donné procuration à ma femme, par laquelle je l'ai autoriſée pour faire en ſon nom un certain contrat, ſuffit-il, pour que le contrat ſoit valable, qu'elle y ait fait mention de la procuration qui renferme l'autoriſation, *putà*, qu'il y ſoit dit, que ſuivant la procuration de ſon mari, d'un tel jour, paſſée devant tel Notaire, elle a vendu, *&c.*? Lebrun, *L. 2, ch. 1, ſect. 4, n. 19*, décide que cela ne ſuffit pas, & que le contrat eſt nul, s'il n'y eſt pas dit expreſſément que la femme eſt autoriſée de ſon mari, par ladite procuration. Suivant ce principe, le même Auteur, *n.* 18, décide, que lorſqu'un mari a promis dans un contrat, de le faire ratifier par la femme, & déclaré qu'il l'autoriſoit pour ladite ratification, l'acte de ratification que la femme feroit de cet acte, ſeroit nul, ſi la femme ne déclaroit pas expreſſément qu'elle eſt autoriſée de ſon mari.

74. L'autoriſation du mari peut bien être interpoſée avant le contrat pour lequel il autoriſe ſa femme, pourvu que la femme, par le contrat, ſe diſe autoriſée; mais il ne ſuffiroit pas, pour que le contrat de la femme fût valable, que l'autoriſation du mari fût intervenue depuis le contrat, quoique la femme, dans le contrat, ſe fût dite d'avance autoriſée de ſon mari, dans la confiance qu'elle avoit d'obtenir cette autoriſation: cet acte ayant été abſolument nul, faute d'autoriſation, n'a pu être confirmé par l'autoriſation qui eſt ſurvenue depuis; le néant ne pouvant pas être ſuſceptible de confirmation. C'eſt pourquoi il ſembleroit, à s'en tenir à la rigueur des principes, que l'autoriſation qui interviendroit depuis, devroit être de nul effet.

Néanmoins Leprêtre, *cent. 2, ch. 16*, rapporte deux Arrêts qui ont jugé que l'autoriſation intervenue depuis l'acte, rétabliſſoit l'acte, & ont en conſéquence de l'autoriſation intervenue depuis l'acte, condamné la femme à payer ce qu'elle s'étoit obligée de payer par l'acte, avant que d'être autoriſée. Mais Leprêtre & Lebrun obſervent fort bien que ces Arrêts n'ont pas jugé que l'autoriſation interpoſée depuis l'acte, rendît l'acte valable, du jour de ſa confection, *ut ex tunc*, ce qui eſt abſolument nul, ne pouvant être confirmé: mais qu'ils ont ſeulement jugé que l'acte devenoit valable *ut ex nunc*; du jour de l'autoriſation, *tanquam ex conſenſu contrahentium qui adhuc perſeverare intelligitur quandiu non apparet mutatio voluntatis.*

De-là il ſuit, 1°. que ſi avant l'autoriſation, l'une ou l'autre des parties étoit morte, ou avoit perdu l'uſage de la raiſon, ou avoit déclaré un changement de volonté, l'autoriſation du mari qui ſeroit depuis interpoſée, ne pourroit plus rétablir l'acte.

2°. Que l'acte rétabli par l'autoriſation ſurvenue depuis, ne peut pro-

duire d'hypotheque que du jour de l'autoriſation, n'étant valable que de ce jour.

## §. III.

### *De la forme de l'autoriſation du mari dans les actes judiciaires.*

75. Il y a cette différence à l'égard de la forme de l'autoriſation, entre les actes judiciaires & les actes extrajudiciaires, que dans ceux-ci, pour qu'une femme ſoit cenſée autoriſée, il eſt néceſſaire que le mari ait déclaré en termes formels, qu'il autoriſoit ſa femme pour un tel acte; le terme d'autoriſer eſt comme un terme ſacramentel, qu'il faut néceſſairement employer: la préſence du mari au contrat ne tient pas lieu d'autoriſation.

Au contraire, dans les actes judiciaires, il n'eſt pas néceſſaire que le mari déclare qu'il autoriſe ſa femme pour intenter une telle demande, ou pour défendre à une telle demande qui ait été intentée contr'elle; il eſt cenſé ſuffiſamment l'autoriſer, lorſqu'il eſt en qualité dans l'inſtance conjointement avec elle. Il ſuffit, lorſque la femme a une demande à intenter, que l'exploit d'aſſignation ſoit donné à la requête du mari & de la femme: pareillement, pour que la femme ſoit cenſée ſuffiſamment autoriſée à une demande, il ſuffit que ſur l'aſſignation donnée à ſon mari & à elle, ſon mari & elle conſtituent conjointement procureur, & défende conjointement avec elle.

Une ſeconde différence eſt, qu'à l'égard des actes extrajudiciaires, il n'eſt pas préciſément néceſſaire que le mari ſoit en qualité dans le contrat; il peut l'autoriſer par un acte qui précede le contrat pour lequel il l'autoriſe, & il ſuffit que la femme par le contrat, ſe diſe autoriſée pour un tel acte: au contraire, à l'égard des actes judiciaires, il eſt néceſſaire que le mari dans l'inſtance, ſoit en qualité de mari, conjointement avec ſa femme.

## SECTION V.

### *Quel eſt l'effet tant de l'autoriſation, que du défaut de l'autoriſation.*

76. L'effet de l'autoriſation du mari & de l'autoriſation ſupplétive du Juge, eſt de rendre la femme auſſi capable de l'acte pour lequel elle eſt autoriſée, qu'elle le ſeroit ſi elle n'étoit pas mariée: en conſéquence l'autoriſation rend bien l'acte pour lequel elle eſt autoriſée, auſſi valable qu'il le ſeroit ſi elle n'étoit pas mariée; mais elle ne lui donne pas plus de force qu'il n'en auroit eu. C'eſt pourquoi, lorſqu'une femme mariée a ſouffert quelque léſion dans un contrat pour lequel elle a été autoriſée, l'autoriſation ne rend pas le contrat moins ſuſceptible de reſciſion pour cauſe de minorité, qu'il le ſeroit, ſi cette femme eût fait ce contrat étant fille.

Pareillement, lorſqu'une femme mariée mineure, a fait, avec l'autoriſation de ſon mari, un acte dont les mineurs ne ſont pas capables, *puta*, ſi elle a fait, avec l'autoriſation de ſon mari, une aliénation volontaire de quelqu'un de ſes héritages, cette aliénation, quoique faite avec l'autoriſation

du mari, n'est pas moins nulle que celle faite par une mineure non mariée

77. L'autorisation néanmoins ne laisse pas d'avoir quelqu'effet, même en ce cas: car lorsque la femme a été autorisée pour faire cette aliénation, la nullité du contrat, par lequel elle a fait cette aliénation, n'est qu'une nullité relative, qui n'a lieu qu'autant que le femme jugeroit que le contrat lui est désavantageux; au lieu que si cette femme avoit fait ce contrat sans être autorisée, la nullité du contrat seroit une nullité absolue, Voy. *suprà*, *n.* 5.

78. Ce qui a été dit jusqu'à présent, sur l'effet de l'autorisation, convient tant à celle du Juge qu'à celle du mari; elles different, en ce que celle du mari donne à la femme commune en biens, le pouvoir de charger des dettes qu'elle contracte par l'acte pour lequel elle est autorisée, la communauté indéfiniment & au-delà de ce que la communauté profite de l'acte; au lieu que l'autorisation du Juge donne bien le pouvoir à la femme de s'obliger & ses biens, par le contrat pour lequel elle est autorisée; mais sans que les biens de la communauté puissent en souffrir aucun préjudice, & sans que la communauté puisse être tenue des obligations que la femme contracte par cet acte, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'elle en profite.

A l'égard du défaut d'autorisation, l'effet est de rendre absolument nuls les actes de la femme mariée, dans lesquels elle n'est point intervenue: Voyez ce qui en a été dit, *suprà*, *n.* 5.

Nous avons traité dans toute cette premiere Partie, de l'autorisation dont la femme a besoin, qui est le principal effet de la puissance qu'a le mari sur la personne de sa femme.

79. Nous observerons ici un autre effet de cette puissance, qui est, que la femme par rapport à cette puissance que le mari a sur elle, est présumée avoir été empêchée, pendant le temps que le mariage a duré, d'intenter les actions qu'elle avoit contre des tiers, lorsque ces actions pouvoient réfléchir contre son mari, par des recours de garantie qu'auroient pu exercer contre lui les personnes contre qui elle avoit ces actions; en conséquence de cette présomption, le temps de la prescription, par rapport à ces actions, ne court point contre la femme pendant le temps du mariage, suivant cet axiome de Droit, *contra non valentem agere nulla currit præscriptio.*

Suivant ce principe, si le mari, durant le mariage, avoit vendu, comme à lui appartenant, un héritage propre de la femme, le temps de la prescription ne court point pendant que le mariage dure, contre l'action qu'a la femme pour le revendiquer; car cette action qu'elle a contre l'acheteur, devant réfléchir contre le mari, contre qui l'acheteur a un recours de garantie, elle est présumée avoir pu être empêchée par son mari de l'intenter pendant que le mariage a duré.

80. A l'égard des actions de la femme qui ne réfléchissent pas contre le mari, la prescription court pendant le temps du mariage; la femme ne peut paroître avoir été empêchée de les intenter, son mari n'ayant eu aucun intérêt à l'en empêcher. La femme ne pouvoit, à la vérité, pendant ce temps les intenter sans être autorisée; mais il étoit en son pouvoir de se faire autoriser pour les intenter, sinon par son mari, au moins par Justice.

# SECONDE PARTIE.

## *De la puiſſance du Mari ſur les biens de la Femme.*

PAR le Droit Romain, la femme mariée avoit deux eſpeces de biens, les biens dotaux, & les biens paraphernaux.

Elle transféroit à ſon mari la propriété de ſes biens dotaux, à la charge de la reſtitution qui devoit lui en être faite lors de la diſſolution du mariage ; le mari durant le mariage, en étoit le véritable propriétaire, ſauf qu'il ne lui étoit pas permis d'aliéner les biens-fonds dont la dot étoit compoſée, qu'avec le conſentement de la femme, ni de les obliger même avec ſon conſentement. Juſtinien, par la ſuite, avoit défendu de les aliéner & de les obliger, même avec le conſentement de la femme.

La femme, durant le mariage, étoit donc plutôt créanciere de la reſtitution de ſes biens dotaux, qu'elle n'en étoit propriétaire : c'eſt en conſéquence de cette créance, c'eſt par rapport à cette reſtitution, & en conſidération de cette reſtitution, qui devoit lui être faite un jour de ſa dot, que la dot eſt appellée quelquefois dans les textes de Droit, le bien & le patrimoine de la femme.

Les biens paraphernaux de la femme étoient ceux qui ne faiſoient pas partie de ſa dot ; ils étoient ainſi appellés des mots Grecs παρα φερνα qui ſignifient *extra dotem*. Le mari n'avoit aucun droit dans leſdits biens ; la femme en avoit la libre diſpoſition.

Cette diſtinction des biens dotaux & des biens paraphernaux, eſt encore connue aujourd'hui dans les Provinces régies par le Droit écrit.

Nous nous bornerons à expliquer ſur cette matiere, les principes de la Coutume de Paris, qui ſont ſemblables à ceux de la plupart des Coutumes.

81. La diſtinction des biens en biens dotaux & biens paraphernaux, n'y eſt pas connue ; au contraire on y tient pour maxime que tous les biens de la femme ſont réputés dotaux.

On diſtingue les biens de la femme en biens de communauté, & biens propres.

82. La puiſſance qu'a le mari, le rend maître abſolu de tous les biens de la communauté, & lui donne le droit d'en diſpoſer, même pour la part qu'y a ſa femme, ſans qu'elle puiſſe diſpoſer elle-même ſans ſon mari en aucune maniere de ſa part, pendant que le mariage & la communauté durent. Voyez notre Traité de la Communauté, *part.* 1, *ch.* 3.

Les biens propres de la femme ſont ceux qu'elle n'a pas mis en communauté : il y en a deux eſpeces ; les biens propres de la premiere eſpece, ſont les biens propres de la femme, qui ſont immeubles : ceux de la ſeconde eſpece, ſont les biens meubles de la femme, qu'elle a exclus de la communauté par une clauſe de réaliſation.

83. Ceux-ci ne different des biens mis en communauté, qu'en ce que la femme, ou ſes héritiers, ſont créanciers de la repriſe du montant deſdits biens contre la communauté. Au ſurplus, le mari n'a pas moins le droit de diſpoſer à ſon gré deſdits biens, que de ceux de la communauté; il peut ſeul, & ſans ſa femme, intenter en Juſtice les actions pour raiſon deſdits biens, & y défendre. La clauſe de réaliſation ne laiſſe à la femme, comme nous venons de le dire, qu'une créance pour la repriſe, & un privilege ſur les effets qui ſe trouvent encore en nature en la poſſeſſion du mari, ou de ſa ſucceſſion, lors de la diſſolution de la communauté, pour le paiement de la repriſe qui en eſt due.

84. A l'égard des biens propres de la femme, de la premiere eſpece, qui ſont ſes biens immeubles, la femme en conſerve la propriété pendant le mariage: le mari ne peut les vendre, ni les engager ſans le conſentement de ſa femme; il ne peut, ſans ſa femme, les partager, ni les liciter; il ne peut, ſans elle, intenter les actions qui concernent la propriété deſdits biens, ni y défendre ſans elle.

85. Obſervez que quoique la femme conſerve, pendant le mariage, le droit de propriété de ſes héritages & autres immeubles, dont elle ne peut être privée *par le fait* de ſon mari, à quelque titre que ſon mari en eût diſpoſé ſans ſon conſentement, elle peut néanmoins en être privée par la négligence de ſon mari. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du premier Juin 1596, rapporté par Louet, *lettre* F, *art.* 15. Un mari ayant manqué, pendant trois ans, de payer la redevance Bordeliere, dont étoit chargé l'héritage propre de ſa femme, le Seigneur prétendit la commiſe de cet héritage à ſon profit, ſuivant la Coutume de Nivernois; la femme s'y oppoſoit, en diſant que ſon mari n'avoit pu par ſon fait lui faire perdre la propriété de ſon héritage: le Seigneur répondoit, qu'on doit diſtinguer entre *le fait* du mari, qui eſt quelque choſe de poſitif, & la ſimple négligence du mari; que le fait du mari, pris au premier ſens, ne pouvoit pas lui faire perdre ſon héritage, mais que la négligence du mari pouvoit le lui faire perdre. Par l'Arrêt la commiſe fut adjugée au Seigneur.

Par la même raiſon, une femme peut, pendant le mariage, perdre la propriété d'une rente propre par la négligence de ſon mari à s'en faire ſervir, & à la faire reconnoître par le débiteur, qui en ſera libéré par l'accompliſſement du temps de la preſcription.

Dans tous ces cas, & autres ſemblables, la femme perd ſon propre par la négligence de ſon mari, même dans le cas auquel le recours qu'elle a pour ſes dommages & intérêts contre ſon mari, lui ſeroit inutile par l'inſolvabilité de ſon mari.

86. La puiſſance maritale ne donne pas à la vérité au mari *jus dominii* ſur les immeubles propres de ſa femme; mais elle lui donne, par rapport auxdits biens, une eſpece de droit de bail & de gouvernement, qui conſiſte principalement en trois choſes.

87. La premiere choſe en laquelle il conſiſte, eſt de donner au mari, pendant le mariage, tout ce qu'il y a d'honorifique attaché aux biens propres de ſa femme.

En conſéquence, le mari a le droit de prendre le titre des Seigneuries dont la femme eſt, propriétaire. Si par exemple, la femme eſt propriétaire d'un Marquiſat, d'un Comté, d'une Baronnie, ou de quelque autre Seigneurie, ſon mari a le droit de ſe dire & de ſe qualifier Marquis, Comte, Baron, Seigneur d'un tel lieu. Si le mari n'étoit pas de qualité à pouvoir prendre les titres de Marquis, Comte ou Baron, il pourroit, en ce cas, ſe qualifier ſeulement de Seigneur du Marquiſat, du Comté, ou de la Baronnie d'un tel lieu.

Ce droit du mari lui donne auſſi l'exercice de tous les droits honorifiques attachés aux Seigneuries de ſa femme.

Il peut en conſéquence, même ſans ſa femme, ſommer les vaſſaux des Seigneuries de ſa femme, de venir à la foi : il peut ſans elle ſaiſir féodalement leurs fiefs, faute de foi non faite : il peut ſans elle leur accorder ſouffrance pour la faire : il peut ſans elle les recevoir en foi. Il faut pourtant que dans ces actes de ſommation, de ſaiſie féodale, de ſouffrance, & de réception en foi, il prenne la qualité *de mari d'une telle femme ;* les vaſſaux des Seigneuries de ſa femme, n'étant obligés de le reconnoître qu'en cette qualité.

88. Le mari eſt auſſi chargé des devoirs féodaux, dont ſont chargés les fiefs de ſa femme : il eſt, par rapport auxdits fiefs, l'homme du Seigneur : il lui en doit porter la foi, quand même ſa femme l'auroit portée auparavant ſon mariage : il doit, en la portant, ſe qualifier de mari d'une telle. En portant la foi, en cette qualité de mari d'une telle, il couvre le fief de ſa femme, ſans que ſa femme ſoit obligée de la porter elle-même durant le mariage, quand même elle ne l'auroit pas portée auparavant.

C'eſt par cette raiſon que le mari devient par le mariage, l'homme du Seigneur pour les fiefs de ſa femme ; que dans beaucoup de Coutumes, le mariage donne ouverture au profit de rachat pour les fiefs de la femme qui ſe marie.

89. Le mari ayant l'exercice de tous les droits honorifiques attachés aux Seigneuries dont ſa femme eſt propriétaire, s'il y a quelque droit de Juſtice qui y ſoit attaché, l'inſtitution & deſtitution des Officiers de la Juſtice, appartiennent au mari, ſans qu'il ait beſoin, pour cela, de conſulter ſa femme. Pareillement, s'il y a quelque droit de patronage attaché aux Seigneuries de la femme, c'eſt au mari ſeul à qui appartient la préſentation aux bénéfices.

Il doit auſſi, en conſéquence, jouir de tous les honneurs attachés auxdits droits de Juſtice & de patronage ; tels que ſont à l'Egliſe ceux d'être mis aux prieres nominales, de l'eau-bénite, de l'encens, *&c.* Les Curés ſont obligés de rendre leſdits honneurs tant au mari qu'à la femme.

90. La ſeconde choſe en laquelle conſiſte le droit du mari, par rapport aux propres de ſa femme, eſt celui qu'il a d'en percevoir tous les fruits & revenus pendant tout le temps que le mariage & la communauté durent. Voyez ſur ce droit ce que nous en avons dit en notre Traité de la Communauté, *part.* 1, *chap.* 1, *ſect.* 1, *art.* 3.

91. La troiſieme choſe en laquelle conſiſte le droit du mari, par rapport

aux biens de ſa femme, eſt le droit qu'il a d'adminiſtrer les biens propres de ſa femme.

Ce droit établit une différence entre les baux que le mari fait des héritages propres de ſa femme, & ceux que fait un ſimple uſufruitier des héritages dont il a l'uſufruit : celui-ci ne peut les faire que pour le temps que doit durer ſon uſufruit : le propriétaire de l'héritage n'eſt point obligé, après la mort de l'uſufruitier, qui a éteint l'uſufruit, d'entretenir les baux faits par l'uſufruitier, pour le temps qui en reſte.

92. Au contraire, les baux que le mari fait des héritages propres de ſa femme, étant cenſés faits en la qualité qu'il a d'adminiſtrateur des biens de ſa femme, ſa femme eſt cenſée les avoir faits elle-même par ſon miniſtere, conjointement avec lui. C'eſt pourquoi, à l'exception de certaines Coutumes, qui défendent expreſſément au mari de faire, ſans le conſentement de leurs femmes, des baux à ferme ou à loyer des héritages propres de leurs femmes, qui s'étendent au-delà du mariage; telle qu'eſt celle de Blois, *art.* 179. de droit commun la femme, auſſi-bien que les héritiers, ſont obligés, après la diſſolution du mariage & de la communauté, d'entretenir les baux à ferme ou à loyer que le mari a faits ſeul des héritages propres de ſa femme, pour tout le temps qui reſte à courir.

Il faut néanmoins pour cela que deux choſes concourent : 1°. il faut que ces baux n'aient été faits que pour le temps ordinaire, pour lequel il eſt d'uſage de faire des baux à loyer ou à ferme; c'eſt ce qui réſulte de l'article 227 de la Coutume de Paris. Cette Coutume, après avoir dit en l'article 226, que le mari ne peut aliéner les propres de ſa femme, dit en l'article 227 : » Peut toutefois le mari faire baux à loyer ou à moiſon à ſix » ans, pour héritages aſſis à Paris; & à neuf ans, pour héritages aſſis aux » champs; & au-deſſous, ſans fraude. »

93. Il eſt particulier aux maiſons de Paris, que le mari, en ſa qualité d'adminiſtrateur des biens de ſa femme, n'ait droit d'en faire des baux que pour ſix ans. Dans les autres villes, le mari peut faire des baux pour neuf ans des maiſons de ville, de même que des biens de campagne. Lorſqu'ils ſont faits pour un plus long-temps, ils ſont cenſés excéder les bornes de l'adminiſtration qu'a le mari des biens propres de ſa femme; & en conſéquence la femme ni ſes héritiers ne ſont pas obligés, après la diſſolution de la communauté, de les entretenir.

Elle n'y eſt pas obligée, quand même, lors de la diſſolution de la communauté, il ne reſteroit à courir que très-peu d'années de ce bail; car il ſuffit que dans ſon principe le mari ait excédé ſon pouvoir, pour qu'il ne puiſſe obliger la femme.

Ces baux qui ſont faits pour un trop long-temps, étant des eſpeces d'aliénations de l'héritage propre de la femme, qui ſont interdites au mari, l'obligation de garantie qui en naît, eſt une dette dont le mari n'a pu charger ſa communauté, ſuivant que nous l'avons établi au Traité de la Communauté, *n.* 253.

94 Le mari même ne contracte cette obligation que lorſqu'il a fait le bail en ſon propre nom; mais lorſque le bail porte, qu'il l'a fait en ſa qualité

de mari, ſans que le mari ait promis de le faire ratifier par ſa femme, le preneur ne peut prétendre aucuns dommages & intérêts; il n'a point été trompé : il ſçavoit, ou devoit ſçavoir, que le mari n'avoit pas, en ſa qualité de mari, ſans le conſentement de ſa femme, le pouvoir de faire un bail pour un auſſi long-temps. La Coutume de Paris requiert, pour que les baux des héritages propres faits par le mari, obligent la femme qu'ils ſoient faits ſans fraude. C'eſt ce qui réſulte de ces termes de l'article 227, ci-deſſus rapportés, *& ſans fraude.*

Cette fraude conſiſte dans un deſſein affecté de priver la femme, ou ſes héritiers, de la diſpoſition qu'ils doivent avoir de la jouiſſance de ſes héritages propres, après la diſſolution de la communauté.

Elle ſe préſume dans des baux que le mari ſe ſeroit empreſſé de faire pendant la derniere maladie de ſa femme, laquelle étoit déja à l'extrémité; pareillement dans ceux que le mari ſe ſeroit empreſſé de faire à la veille d'une demande en ſéparation, qu'il ſçavoit que ſa femme devoit donner contre lui.

Elle ſe préſume encore dans les baux faits par anticipation, c'eſt-à-dire, dans un temps auquel il reſtoit encore pluſieurs années des précédens baux; mais ce défaut ſe couvre lorſque le bail qui avoit été fait par anticipation, a commencé à courir pendant la communauté; car il eſt en ce cas indifférent qu'il ait été fait par anticipation.

95. Enfin, la femme n'eſt pas obligée d'entretenir les baux pour leſquels ſon mari a reçu de gros pots de-vin; ou ſi elle veut bien les entretenir, elle doit avoir contre la communauté la repriſe d'une partie du pot-de-vin, au *prorata* du temps qui reſte à courir du bail depuis la diſſolution de la communauté.

96. On a fait la queſtion de ſçavoir, ſi le rachat des rentes propres de la femme, qui étoit fait au mari durant le mariage, étoit un acte de ſimple adminiſtration; & s'il pouvoit en conſéquence être valablement fait au mari ſeul, ſans que la femme intervînt à l'acte, ou qu'elle eût été ſommée d'y intervenir ? La raiſon de douter, eſt que le rachat d'une rente emportant l'aliénation & l'extinction de cette rente, paroît excéder les bornes de la ſimple adminiſtration qui eſt accordée au mari, & qu'en conſéquence la préſence de la femme y étoit néceſſaire, comme elle l'eſt à tous les autres actes qui concernent la propriété de ſes biens propres. Quelques Arrêts, fondés ſur cette raiſon, ont autrefois jugé que le rachat des rentes propres de la femme ne pouvoit être valablement fait au mari ſeul; mais le ſentiment le plus commun aujourd'hui, eſt qu'il peut être valablement fait au mari; parce que le rachat pouvant être fait par le débiteur, malgré le créancier, la femme n'ayant aucuns moyens pour l'empêcher, le mari ayant ſeul qualité pour recevoir les deniers qui en proviennent, comme légitime adminiſtrateur des biens de ſa femme, la préſence de la femme eſt abſolument inutile à ce rachat : c'eſt pourquoi il a prévalu de le regarder plutôt comme un acte de ſimple adminiſtration que le mari peut faire ſeul, que comme un acte d'aliénation.

97. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent des droits qu'a le mari ſur

ſur les immeubles propres de ſa femme, a lieu, non-ſeulement dans le cas auquel il y a communauté de biens entre les conjoints, mais même dans le cas auquel il y auroit, par le contrat de mariage, une clauſe d'excluſion de communauté ; car la ſimple clauſe d'excluſion de communauté n'empêche pas le mari d'avoir la jouiſſance de tous les biens de ſa femme, *ad ſuſtinenda onera matrimonii*, & d'en avoir l'adminiſtration.

98. Il en eſt autrement de la ſéparation de biens. Lorſqu'une femme eſt ſéparée de biens, ſoit par une clauſe de ſon contrat de mariage, par laquelle il eſt dit que chacun des conjoints jouira ſéparément de ſes biens, ſoit par une ſentence de ſéparation, intervenue depuis le mariage & exécutée, le mari n'a en ce cas ni la jouiſſance ni l'adminiſtration des biens de ſa femme ; elle a le droit d'en jouir elle-même, & de les adminiſtrer elle-même; & elle n'a pas même beſoin de l'autorité de ſon mari pour tous les actes qui concernent cette adminiſtration.

Néanmoins, même en ce cas de ſéparation, le mari conſerve une autorité ſur les immeubles propres de ſa femme, leſquels ne peuvent être par elle aliénés ni engagés, ſans l'autorité & le conſentement de ſon mari : elle ne peut pas même recevoir le rachat des rentes propres qui lui ſont dues, ſans que le mari y ſoit appellé, qui a droit de veiller à l'emploi du rachat, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 17.

*Fin du Traité de la puiſſance du Mari, &c.*

# *INTRODUCTION*
## AU TRAITÉ DE LA COMMUNAUTÉ.

APRÈS avoir traité du mariage même, & de la puiſſance qu'il donne au mari ſur la perſonne & les biens de ſa femme, il eſt de l'ordre de traiter des principales conventions qui l'accompagnent ordinairement, & qu'on appelle *conventions matrimoniales.*

Nous verrons dans un premier Paragraphe, quelles conventions peuvent faire les perſonnes qui ſe marient : dans un ſecond, quand & comment ſe font ces conventions : dans un troiſieme, quels en ſont les caracteres.

### §. I.

### *Quelles conventions peuvent faire les perſonnes qui ſe marient.*

1. C'eſt un principe, que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions.

Ce terme de contrat de mariage, ſe prend ici pour l'acte qui contient les conventions que font enſemble les perſonnes qui ſont ſur le point de ſe marier.

La Coutume d'Orléans fait mention de ce principe en l'article 202, où il eſt dit : » En traité de mariage, & avant la foi baillée & bénédiction » nuptiale, homme & femme peuvent faire & appoſer telles conditions, » douaires, donations, & autres conventions que bon leur ſemblera. »

Celle de Montargis, *chap. 8, art. 8*, dit la même choſe.

Cette diſpoſition n'eſt point une diſpoſition locale, & qui leur ſoit particuliere ; elle exprime ſur ce point le Droit commun.

2. Les contrats de mariage ſont tellement ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions, qu'on y en admet, qui, par tout autre acte que par un contrat de mariage, ne ſeroient pas valables.

Par exemple, quoique par tout autre acte que par un contrat de mariage, il ne ſoit pas permis de faire aucune convention ſur la ſucceſſion d'une perſonne encore vivante, néanmoins on admet dans les contrats de mariage la convention par laquelle un enfant ſe contente de la dot qui lui eſt donnée par ſes pere & mere, & renonce en conſéquence à la ſucceſſion future en faveur des autres enfans, ou de quelqu'un d'eux ; *putà*, en faveur de l'aîné, ou en faveur des enfans mâles.

Quoique par tout autre acte que par un contrat de mariage, je ne puiſſe pas convenir & promettre qu'une certaine perſonne ſera mon héritiere, l'inſtitution d'héritier ne pouvant ſe faire que par teſtament, & devant dépendre de la libre volonté du teſtateur, toujours révocable juſqu'à la mort, néanmoins on a admis dans les contrats de mariage les inſtitutions contractuelles, par leſquelles l'un des conjoints inſtitue irrévocablement pour ſon

héritier, soit l'autre conjoint, soit les enfans, ou l'aîné des enfans qui naîtront du futur mariage.

Ces institutions contractuelles sont admises, même dans les lieux où les Coutumes rejettent absolument l'institution d'héritier; même dans les testamens dans lesquels elles ne sont regardées que comme de simples legs universels.

3. Enfin, c'est par la faveur des contrats de mariage que l'Ordonnance de 1731 a dispensé les donations qui se font par contrat de mariage aux parties contractantes, ou aux enfans qui naîtront du futur mariage, de plusieurs regles auxquelles elle assujettit les donations, à peine de nullité, comme nous le verrons en son lieu.

4. Le principe que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions, a ses exceptions: celles qui blesseroient la bienséance publique, quoique faites par contrat de mariage, ne seroient pas valables. Par exemple, il n'est pas douteux, que s'il étoit dit par un contrat de mariage, que la femme seroit le chef de la communauté de biens qui auroit lieu entre les conjoints, une telle convention ne seroit pas valable, étant contre la bienséance publique, que l'homme que Dieu a fait pour être le chef de la femme, *vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens, & qu'au contraire cette communauté ait la femme pour chef.

5. Les conventions qui paroissent tendre à soustraire la femme à la puissance que notre Droit municipal a accordé au mari sur elle, sont aussi regardées comme étant dans nos mœurs contraires à la bienséance publique, & en conséquence nulles.

C'est pour cette raison que la Jurisprudence a déclaré nulles les autorisations générales dans les contrats de mariage; c'est-à-dire, les clauses par lesquelles il étoit porté que le mari, par le contrat de mariage, autorisoit sa femme, non-seulement pour administrer, mais même pour aliéner à son gré ses héritages à quelque titre que ce soit, sans qu'elle eût besoin d'avoir recours pour cela à une autorisation particuliere. Nous avons rapporté *suprà*, en notre Traité de la Puissance du mari sur la personne & les biens de sa femme, les Arrêts qui proscrivent & annullent ces clauses d'autorisation générales, comme tendantes à rendre la femme indépendante du mari, & à la soustraire entiérement à sa puissance.

Cette Jurisprudence n'a lieu que dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Ces autorisations générales par contrat de mariage, sont valables dans les Coutumes qui les permettent par une disposition expresse, telle qu'est celle de Berry, *tit.* 1, *art.* 2.

6. Quelques susceptibles que soient les contrats de mariage de toutes sortes de conventions, celles qui contrediroient quelque loi prohibitive, ne sont pas valables.

Par exemple, la Coutume de Blois défendant à ceux qui ne sont pas nobles, de disposer par donation entre-vifs de plus de moitié de leurs héritages patrimoniaux, ils ne peuvent valablement en disposer, même par contrat de mariage.

7. Non-seulement les conventions qui contrediroient ouvertement une loi prohibitive, celles même qui tendent à l'éluder, doivent être déclarées nulles, quoique portées par des contrats de mariage.

Telles sont les conventions par lesquelles on conviendroit que la femme auroit sa part dans la communauté, franche de dettes, ou qu'elle en seroit tenue pour une moindre partie que celle qu'elle a dans l'actif; car ces conventions tendent à éluder une loi prohibitive, qui défend aux conjoints de se faire aucun avantage direct ou indirect pendant le mariage, en laissant au mari le pouvoir d'avantager sa femme pendant le mariage, en faisant des acquisitions dans lesquelles la part qu'auroit la femme, seroit payée par le mari, en tout ou en partie. Voyez ce que nous disons de ces conventions, dans notre Traité de la Communauté, *part.* 1, *chap.* 3, *art.* 1, §. 1.

8. Ce principe, que les conventions qui laissent aux conjoints le pouvoir de s'avantager durant le mariage, ne sont pas valables, ne doit pas néanmoins être pris trop à la rigueur; car l'Ordonnance de 1731, *art.* 8, permet dans les contrats de mariage, les donations universelles faites entre conjoints, sous la réserve de disposer d'une certaine somme qui demeurera comprise dans la donation, si le donateur n'en dispose pas, quoique cette réserve laisse en quelque façon au pouvoir du donateur d'avantager, ou non, l'autre conjoint durant le mariage, en disposant ou ne disposant pas de cette somme.

9. Le principe, que les conventions qui tendent à éluder une loi prohibitive, sont nulles, même dans les contrats de mariage, y a fait rejetter la convention, que la femme ne pourroit renoncer à la communauté, & celle par laquelle elle renonceroit au privilege qu'elle a de n'être tenue des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en a amendé. Ces conventions vont à éluder la Loi, qui défend au mari d'engager les propres de sa femme malgré elle.

10. On ne doit pas non plus admettre dans un contrat de mariage, la convention que le survivant ne seroit pas tenu, après la mort du prédécédé, de faire inventaire pour dissoudre la communauté avec les enfans mineurs du mariage, héritiers du prédécédé, ni celle par laquelle on le dispenseroit de quelqu'une des formalités requises pour cet inventaire.

## §. II.

### *Quand & comment doivent se faire les conventions matrimoniales.*

11. Les conventions matrimoniales doivent se faire avant la célébration du mariage; il n'est plus temps de les faire après que le mariage a été célébré. Par exemple, dans les Provinces dont la Loi n'admet la communauté de biens entre conjoints, que lorsque les parties en sont expressément convenues, si des parties ont célébré leur mariage avant que d'avoir fait un contrat de mariage, elles ne pourront plus, aussi tôt que le mariage aura été célébré, convenir entr'elles d'une communauté de biens: le mari ne pourra plus donner à sa femme d'autre douaire que celui que lui donnent les Coutumes sous lesquelles ses héritages sont situés.

C'eſt ce qui réſulte de ces termes de l'article de la Coutume d'Orléans, qui eſt ci-deſſus rapporté : *AVANT LA FOI BAILLÉE ET BÉNÉDICTION NUPTIALE, homme & femme peuvent, &c.*

12. Ces conventions doivent ſe faire par un acte qu'on appelle *contrat de mariage.* Cet acte doit être paſſé devant Notaires : on rejette dans la plupart de nos Provinces, les contrats de mariage paſſés ſous ſignatures privées : la raiſon eſt, afin d'empêcher que les conjoints par mariage, n'euſſent un moyen facile d'éluder la Loi, qui leur défend de ſe faire aucun avantage durant le mariage, en faiſant, durant le mariage, des contrats de mariage qu'ils antidateroient d'auparavant.

Il y a néanmoins quelques Provinces où les contrats de mariage, paſſés ſous ſignatures privées, ſont admis. Les ſignatures des parens des deux familles qui ſe trouvent au bas de ces actes, ont paru devoir écarter tout ſoupçon d'antidate.

Mais ſi le prétendu contrat de mariage n'étoit revêtu que des ſignatures privées des ſeules parties contractantes, je crois qu'il devroit être rejetté comme ſuſpect d'antidate, même dans les Provinces qui admettent les contrats de mariage ſous ſignatures privées. J'ai vu des Conſultations imprimées d'Avocats du Parlement de Normandie, où les contrats de mariage ſous ſignatures privées ſont admis, qui étoient de cet avis.

13. Quoique les futurs conjoints ne ſoient pas obligés d'appeller leurs parens à leur contrat de mariage, néanmoins lorſqu'ils y ont fait aſſiſter leurs parens, ils ne peuvent plus, par d'autres actes, quoiqu'auparavant la célébration du mariage, faire de nouvelles conventions, à moins qu'ils n'y faſſent pareillement aſſiſter leurs parens reſpectifs qui ont aſſiſté à leur contrat de mariage.

Les Coutumes de Paris, *art.* 258, & d'Orléans, *art.* 223, en ont une diſpoſition. Il y eſt dit : » Toutes contre-lettres faites à part & hors la préſence des parens qui ont aſſiſté aux contrats de mariage, ſont nulles. »

La diſpoſition de ces Coutumes, ajoutée lors de la réformation, & formée ſur la Juriſprudence qui avoit lieu alors, établit un droit commun, qui a lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

La Coutume comprend ici, ſous le terme de contre-lettres, non-ſeulement les conventions qui dérogent, & ſont contraires à quelqu'une de celles portées au contrat de mariage, mais généralement toutes les nouvelles conventions, ou donations qui ne ſont pas portées au contrat de mariage.

A l'égard des actes qui ne ſeroient qu'explicatifs de quelqu'une des conventions portées au contrat de mariage, & qui ne contiendroient rien de nouveau, ils ne peuvent pas paſſer pour contre-lettres, & rien n'empêche qu'ils ne ſoient valables.

La raiſon pour laquelle la Coutume déclare nulles les contre-lettres faites à part & hors la préſence des parens qui ont aſſiſté au contrat, s'apperçoit facilement. Quoique des conventions de mariage ne ſoient pas vicieuſes, par cela ſeul qu'elles ont été faites à l'inſçu des parens, néanmoins l'affectation marquée de ces conjoints, de cacher à leurs parens & au public leurs conventions, en les faiſant à part & par unacte ſéparé de leur contrat

de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les conjoints ont eu honte, & qui doivent pour cela être préſumées avoir été dictées plutôt par la paſſion, que par de juſtes motifs. C'eſt ce qui a porté la Coutume à les déclarer nulles.

14. On regarde comme contre-lettres, non-ſeulement les conventions & donations faites depuis le contrat de mariage, dans le temps intermédiaire, hors la préſence des parens; mais même les donations faites peu de jours avant le contrat, par des perſonnes qui ſe propoſoient de s'épouſer, & qui vouloient les cacher à leur famille. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 19 Février 1716, qui a déclaré nulle une donation faite entre des perſonnes, la veille de leur contrat de mariage. L'Arrêt eſt rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage.

15. La Coutume, en déclarant toutes contre-lettres nulles, comprend non-ſeulement celles qui interviennent entre les futurs conjoints, mais pareillement celles qui interviennent entre l'un des futurs conjoints, & quelqu'une des perſonnes qui ont été parties au contrat.

Par exemple, ſi le futur à qui ſon pere avoit promis une certaine ſomme en dot, lui promettoit, par un acte paſſé hors la préſence de ſa femme, & des principaux parens de ſa femme, de ne pas exiger cette ſomme de ſon vivant, cet acte ſeroit nul, comme étant une contre-lettre au contrat de mariage, & le pere ne pourroit l'oppoſer contre les pourſuites de ſon fils, pour le paiement de la dot promiſe par le contrat de mariage.

16. Ce que la Coutume dit, que les contre-lettres faites hors la préſence des parens qui ont aſſiſté au contrat de mariage, ſont nulles, ne doit pas être tellement pris à la rigueur, que l'abſence d'un ſeul des parens qui ont aſſiſté au contrat de mariage, doive indiſtinctement les rendre nulles. Si ce parent, en l'abſence de qui la contre-lettre a été paſſée, n'étoit qu'un parent éloigné, & qu'elle ait été paſſée en préſence des plus proches parens, & de ceux qui avoient le plus d'autorité dans la famille, elle doit être jugée valable.

Au reſte, il ne faut pas ſuivre l'opinion de Lauriere, qui reſtreint aux parens de la ligne directe aſcendante & au tuteur, les parens dont la préſence eſt requiſe par cet article: il comprend pareillement les collatéraux qui ont aſſiſté au contrat de mariage. Il eſt vrai que les conjoints n'étoient pas obligés de les y appeller: mais lorſqu'ils les y ont appellés, ils ne peuvent ſe diſpenſer de les appeller pareillement aux contre-lettres pour les rendre valables, par les raiſons expliquées ci-deſſus, *n.* 13.

## §. III.

### *Quels ſont les caracteres propres aux conventions matrimoniales.*

17. Nous remarquons dans les conventions matrimoniales, deux caracteres qui leur ſont propres.

*Premier Caractere.* Le premier caractere qui eſt propre à toutes les conventions matrimoniales, & aux donations faites par des contrats de mariage,

eſt qu'elles ſont toutes cenſées faites ſous la condition tacite, *ſi nuptiæ ſequantur :* c'eſt pourquoi, ſi les promeſſes de mariage que les parties ſe ſont faites, viennent à ſe rompre, toutes ces conventions & donations deviennent nulles, & ſont regardées comme non avenues, *quaſi ex defectu conditionis.*

Il n'y a qu'un mariage valable & qui ait les effets civils, qui puiſſe accomplir cette condition. C'eſt pourquoi, lorſque le mariage que des perſonnes ont contracté, eſt nul par quelque empêchement dirimant qui s'y rencontre ; ou même lorſque le mariage étant valable, il eſt privé des effets civils, tels que ſont les mariages qui ont été contractés *in extremis* après un mauvais commerce qui a précédé, ou qui ont été tenus ſecrets juſqu'à la mort de l'une des parties ; (ſur quoi voyez notre Traité du Mariage, *p.* 5, *ch.* 2, *art.* 3.) en l'un & l'autre cas, toutes les conventions & donations portées par le contrat de mariage de ces perſonnes, ſont nulles ; & la femme ne peut demander ni communauté, ni douaire. L'homme, ou ſes héritiers doivent ſeulement, *condictione ſine cauſâ*, rendre à la femme, ou à ſes héritiers ce qu'il a reçu d'elle.

Obſervez néanmoins que lorſque l'empêchement qui rend le mariage nul, a été ignoré de bonne foi par les parties, ou par l'une d'elles, la partie qui a été de bonne foi, peut profiter des conventions & donations portées au contrat de mariage, comme nous l'avons vu en notre Traité du Mariage, *n.* 438, 439.

18. *Second Caractere.* Un ſecond caractere qui eſt propre aux conventions matrimoniales, & aux donations portées par les contrats de mariage, eſt qu'auſſi-tôt qu'elles ont été confirmées par la célébration du mariage qui a ſuivi le contrat, il n'eſt plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur conſentement mutuel.

Ce principe a lieu, non-ſeulement à l'égard des conventions expreſſes qui ſont portées par un contrat de mariage ; mais encore à l'égard des conventions virtuelles & implicites, qu'on ſuppoſe intervenues entre les perſonnes qui ont contracté mariage. C'eſt pourquoi, lorſque des perſonnes ſoumiſes à une Coutume qui admet la communauté de biens entre mari & femme, ſans que les parties s'en ſoient expliquées, ont contracté mariage ſans paſſer aucun contrat de mariage, la convention virtuelle & implicite par laquelle ces perſonnes ſont cenſées s'en être rapportées à leur Coutume pour leurs conventions, & être en conſéquence convenues d'une communauté de biens, eſt une convention auſſi invariable, que ſi elle eût été expreſſe & portée par un contrat de mariage. Auſſi-tôt que le mariage a été célébré, il n'eſt plus permis aux parties d'y déroger, même par un conſentement mutuel, ſoit en déclarant qu'elles n'ont point entendu, en ſe mariant, contracter une communauté de biens, ſoit en convenant de la faire ceſſer pour l'avenir par une ſéparation de biens.

Même dans le cas auquel la diſſipation que le mari fait de ſes biens, fourniroit un juſte ſujet de ſéparation, les parties ne pouvant pas déroger à leur convention de communauté, ne peuvent, par leur ſeul conſentement, convenir de la ſéparation : il faut qu'elle ſoit ordonnée par le Juge en connoiſſance de cauſe, comme nous l'allons voir dans notre Traité de la Communauté.

19. Les conventions matrimoniales ſont tellement irréformables, que les parties ne peuvent pas, par leur contrat de mariage, ſe réſerver la faculté de changer ou réformer quelqu'une deſdites conventions, parce que ce ſeroit ſe réſerver la faculté de s'avantager durant le mariage, ce qui n'eſt pas permis; *ſuprà*, *n.* 7.

Suivant ce principe, Lebrun, Traité de la Communauté, *liv.* 1, *ch.* 3, *n.* 9, décide que des parties qui ſe marient, avec clauſe d'excluſion de communauté, ne peuvent pas valablement ſe réſerver par leur contrat de mariage, la faculté de déroger par la ſuite, pendant leur mariage, à cette clauſe, & d'établir entr'elles la communauté, telle qu'elle eſt réglée par la Coutume. Dumoulin, ſur l'article 110 de la Coutume de Paris, *n.* 4, décide la même choſe, & dit que c'étoit de ſon temps l'avis du Barreau. Lebrun convient néanmoins, que par un Arrêt du 27 Juillet 1634, rendu dans la famille de M. Thierſaut, rapporté par Brodeau ſur Louet, *lettre* M, *chap.* 4, cette réſerve a été confirmée; mais il ne croit pas qu'on doive ſuivre la déciſion de cet Arrêt.

Nous n'entreprenons pas de traiter de toutes les différentes eſpeces de conventions matrimoniales. Nous nous bornerons à celles qui ſont le plus d'uſage dans le pays Coutumier. Nous commencerons par la communauté, & les conventions qui y ſont relatives.

TRAITÉ

I

# TRAITÉ DE LA COMMUNAUTÉ.

## ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1.

A Communauté entre conjoints par mariage, eſt une eſpece de ſociété de biens qu'un homme & une femme contractent lorſqu'ils ſe marient.

2. Cette Communauté eſt fondée ſur la nature même du mariage; le mariage étant *viri & mulieris conjunctio individuam vitæ conſuetudinem continens; Inſt. tit. de patr. pot.* §. 1. Cette convention entre l'homme & la femme, que le mariage renferme de vivre en commun pendant toute leur vie, fait préſumer celle de mettre en commun leur mobilier, leurs revenus, les fruits de leurs épargnes & de leur commune collaboration. Suivant l'ancien Droit François, la ſimple cohabitation produiſoit une ſociété tacite & taiſible entre ceux qui avoient habité enſemble par an & jour; à plus forte raiſon, entre mari & femme.

3. Cette Communauté entre conjoints par mariage eſt exorbitante des ſociétés ordinaires; dans celle-ci, chaque aſſocié a un droit égal: au contraire, dans la communauté entre conjoints, la puiſſance que le mari a ſur la perſonne & les biens de ſa femme, le rend chef de cette communauté, & lui donne en cette qualité le droit de diſpoſer à ſon gré à tel titre que bon lui ſemble, même de donation entre-vifs, de toutes les choſes qui la compoſent, tant pour la part de ſa femme que pour la ſienne, ſans le conſentement de ſa femme, laquelle, de ſon côté, n'a pas droit de diſpoſer de rien. C'eſt pour cette raiſon que le mari eſt réputé, pendant que la communauté dure, comme étant en quelque façon ſeul ſeigneur & maître abſolu des biens dont elle eſt compoſée, & que le droit qu'y a la femme, n'eſt regardé, pendant que la communauté dure, que comme un droit informe, qui ſe réduit au droit de partager un jour les biens qui ſe trouveront la

compoſer lors de ſa diſſolution. C'eſt ce qui a fait dire à Dumoulin, que cette communauté étoit plutôt *in habitu*, *quàm in actu*, & que la femme durant le mariage, *non eſt propriè ſocia, ſed ſperatur fore*; Molin. ſur l'article 109 de l'ancienne Coutume de Paris. *Voyez* la ſeconde Partie.

4. Le droit ſur la communauté de biens entre mari & femme eſt différent dans les différentes Provinces du Royaume; on en diſtingue quatre eſpeces.

La premiere eſpece de droit ſur cette matiere, eſt le droit de la Coutume de Paris, de celle d'Orléans, & de preſque tout le Pays Coutumier, qui admet entre des conjoints par mariage, lorſqu'ils ne s'en ſont pas expliqués, une communauté de biens, qui commence à l'inſtant de la bénédiction nuptiale, & qui a lieu quelque peu de temps que la mariage ait duré.

5. La ſeconde eſpece, eſt le droit de quelques Coutumes, telles que celle d'Anjou, du Maine, Grand-Perche, Chartres, qui n'admettent une communauté de biens entre un mari & une femme qui ne l'ont pas expreſſément ſtipulée, que dans le cas auquel le mariage a duré au moins un an & jour.

Les diſpoſitions de ces Coutumes, ſont un reſte de notre ancien Droit François, tel qu'il eſt décrit au grand Coutumier, *L.* 2, *chap.* 40, où il eſt dit: » *Nota*, que par uſage & coutume deux conjoints ou affins demeurans » enſemble par an & jour ſans faire diviſion ou proteſtation, ils acquierent » l'un avec l'autre communauté quant aux meubles & conquêts. »

6. La troiſieme eſpece de droit ſur la matiere de la communauté de biens entre mari & femme, eſt le droit de quelques Coutumes, & celui qui a lieu dans les Provinces régies par le Droit Ecrit, lequel n'admet pas de communauté de biens entre un homme & une femme qui ſe marient, s'ils ne l'ont ſtipulée, mais ne défend pas de la ſtipuler.

7. La quatrieme eſpece de droit, eſt celui de la Coutume de Normandie. Cette Coutume n'admet pas la communauté; elle dit en l'article 389: » Les » perſonnes conjointes par mariage ne ſont communes en biens, ſoit meu- » bles, ſoit immeubles, ains les femmes n'y ont rien qu'après la mort du » mari: » elle accorde néanmoins à la femme un droit qui a quelque rapport au droit de communauté, en lui accordant, après la mort du mari, la moitié des *conquêts faits* en bourgage conſtant le mariage, & le tiers en uſufruit des *conquêts faits* hors bourgage; *art.* 329. Elle lui accorde outre cela, après la mort du mari, le tiers aux meubles, s'il y a des enfans; ou la moitié, s'il n'y en a point, en contribuant aux dettes pour ſa part, hormis les funérailles & legs teſtamentaires, *art.* 392.

Quoique ce ſoit en conſidération de la collaboration de la femme, que la Coutume accorde à la femme la part qu'elle lui accorde, ce n'eſt pas à titre de communauté, mais plutôt comme à titre de ſucceſſion de ſon mari, à laquelle ſucceſſion il eſt dit, *art.* 394, qu'elle peut renoncer.

La Coutume de Normandie, non-ſeulement n'admet pas la communauté, mais elle défend de la ſtipuler; c'eſt ce qui réſulte de l'article 330, où il eſt dit: » Quelque accord ou convenant qui ait été fait par le contrat de » mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits

» par le mari, que ce qui leur appartient par la Coutume, à laquelle les » contractans ne peuvent déroger. »

8. Dans les Coutumes de la premiere & de la ſeconde eſpece, qui admettent une communauté entre homme & femme, ſans que les parties s'en ſoient expliquées, on diſtingue deux eſpeces de communauté; la conventionnelle, & la légale ou coutumiere.

9. La communauté conventionnelle, eſt celle qui a lieu entre des conjoints par mariage par une convention expreſſe, intervenue entr'eux avant leur mariage, par laquelle ils ſont convenus qu'il y auroit communauté de biens entr'eux.

10. La communauté légale ou coutumiere, eſt celle qui a lieu entre des conjoints par mariage, ſuivant la loi du domicile qu'ils avoient lors de leur mariage, quand ils ne s'en ſont pas expliqués, & qui eſt compoſée tant en actif qu'en paſſif, des choſes dont cette loi déclare qu'elle doit être compoſée.

Quoique cette communauté ſoit appellée *légale*, ce n'eſt pas néanmoins, comme l'obſerve Dumoulin, la loi qui en eſt la cauſe immédiate; elle n'eſt pas formée, dit cet Auteur *vi ipſius conſuetudinis immediatè & in ſe.* La cauſe immédiate qui produit & établit cette communauté, eſt une convention qui n'eſt pas, à la vérité, expreſſe & formelle, mais qui eſt virtuelle & implicite, par laquelle les parties en ſe mariant, qui ne ſe ſont pas expliquées ſur leurs conventions matrimoniales, ſont cenſées être tacitement convenues d'une communauté de biens, telle qu'elle a lieu par la Coutume du lieu de leur domicile, ſuivant ce principe de Droit: *in contractibus tacitè veniunt ea quæ ſunt moris & conſuetudinis*; L. 31, §. 20, ff. *de ædil. edicto.*

Cette communauté de biens n'eſt appellée légale, que parce que c'eſt une communauté ſur laquelle les parties par cette convention tacite, s'en ſont entiérement rapportées à la Loi.

La Loi même, lorſqu'elle dit; *homme & femme ſont uns & communs en tous biens meubles, &c.* ne renferme pas un précepte; elle n'ordonne pas à l'homme & à la femme qui ſe marient, d'être *uns & communs, &c.* puiſqu'il leur eſt très-permis de convenir du contraire; elle déclare ſeulement que l'uſage eſt qu'ils ſont cenſés être convenus d'être *uns & communs en tous meubles &c.* lorſqu'ils ne ſe ſont pas expliqués avant leur mariage.

11. Delà il ſuit que lorſque des perſonnes domiciliées ſous la Coutume de Paris ou ſous quelqu'autre Coutume ſemblable, ſe ſont mariées ſans faire de contrat de mariage, la communauté légale qui a lieu en ce cas, ſuivant la Coutume de Paris, entre ces perſonnes, s'étend à tous les héritages qu'elles acquerront durant leur mariage, fuſſent-ils ſitués dans des Provinces dont la loi n'admet pas la communauté lorſqu'elle n'a pas été ſtipulée.

Telle eſt la doctrine de Dumoulin que d'Argentré contredit mal-à-propos, en diſant que la Coutume de Paris n'ayant pas d'empire hors de ſon territoire, ne peut rendre conquêt un héritage ſitué hors de ſon territoire, & dans une Province dont la loi n'admet la communauté, que lorſqu'elle eſt ſtipulée; d'où cet Auteur conclut, que lorſque des Pariſiens ſe ſont mariés ſans faire de contrat de mariage, la femme ne peut pas prétendre droit de

communauté dans un héritage situé dans le Lyonnois, que le mari aura acquis durant le mariage ; mais seulement récompense du prix que le mari aura tiré de la communauté pour l'acquérir ; la Coutume de Paris qui a établi leur communauté, ne pouvant rendre conquêt cet héritage, sur lequel elle n'a aucun empire.

Dumoulin a prévenu cette objection, & y a répondu, en disant que quoique la communauté qui a lieu entre ces personnes de Paris, qui se sont mariées sans contrat de mariage, soit appellée communauté légale, ce n'est pas néanmoins la Loi Coutumiere de Paris qui la forme, & qui en est la cause immédiate ; *non habet locum vi ipsius consuetudinis immediatè & in se.* Ce n'est pas cette Loi Coutumiere qui imprime aux héritages acquis, durant cette communauté, la qualité de conquêts ; la cause immédiate qui forme cette communauté & qui donne aux héritages acquis pendant qu'elle dure, la qualité de conquêts, est la convention implicite que ces personnes ont eue d'avoir entr'elles une communauté en tous biens meubles & conquêts immeubles, telle que la Coutume de Paris, à laquelle elles s'en sont rapportées, déclare qu'il est d'usage & de coutume, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées : or cette convention que ces parties sont censées avoir eues, quoiqu'elle ne soit qu'implicite, n'en est pas moins une convention qui doit avoir le même effet que si elle étoit formelle & expresse, & qui doit par conséquent rendre communs & conquêts les héritages que chacune d'elles acquerra, quelque part qu'ils soient situés, comme l'auroit fait une convention expresse de communauté.

12. Delà il suit que la disposition des Coutumes qui admettent une communauté entre homme & femme sans que les parties s'en soient expliquées, n'est pas un statut réel qui ait pour objet immédiat les choses qui doivent entrer en communauté ; c'est plutôt un statut personnel, puisqu'il a pour objet immédiat de régler les conventions que les personnes soumises à la Coutume, à raison du domicile qu'elles ont dans son territoire, sont censées avoir eu sur la communauté de biens, lorsqu'elles se sont mariées.

13. *Vice versâ :* lorsque deux personnes domiciliées dans le Lyonnois, s'y sont mariées sans stipuler de communauté, la femme ne peut être fondée à prétendre, en vertu de la Coutume d'Orléans, droit de communauté dans un héritage situé sous la Coutume d'Orléans que son mari a acquis durant le mariage ; car ce n'est pas la Coutume d'Orléans qui imprime par elle-même la qualité *de conquêts* aux héritages que des personnes mariées acquierent durant le mariage. Ce qui leur donne cette qualité, est la convention implicite de communauté que sont censées avoir eu des personnes qui étant lors du mariage domiciliées sous la Coutume d'Orléans, sont censées être convenues de se marier selon la Coutume d'Orléans : mais ces Lyonnois qui lors de leur mariage n'avoient pas leur domicile à Orléans, mais à Lyon, ne peuvent être censés avoir eu aucune convention de communauté, puisque le droit observé à Lyon, lieu de leur domicile, suivant lequel elles sont censées avoir voulu se marier, n'en admet pas lorsqu'elle n'a pas été expressément stipulée.

14. Le principe que nous venons de poser, que les parties qui contrac-

tent mariage ſont cenſées s'en rapporter à la Loi de leur domicile ſur leurs conventions matrimoniales, lorſqu'elles ne s'en ſont pas expliquées, ne ſouffre pas de difficulté, lorſque les parties ont leur domicile dans la même Province; mais que doit-on décider, lorſque l'une des parties eſt domiciliée dans une Province dont la Loi admet la communauté de biens, lorſque les parties ne s'en ſont expliquées, & que l'autre partie eſt domiciliée dans une autre Province dont la Loi ne l'admet pas? Il faut décider en ce cas que c'eſt à la Loi du lieu du domicile de l'homme que les parties doivent être cenſées s'en être rapportées: car la femme, qui, en ſe mariant, ſuit le domicile de ſon mari, doit plutôt être cenſées s'être ſoumiſe à la loi de ce domicile, qui va devenir le ſien, que le mari ne doit être cenſé s'être ſoumis à la loi du domicile de la femme.

C'eſt pourquoi, ſi un Pariſien va épouſer à Lyon une femme pour l'emmener à Paris, & que les parties n'aient pas paſſé de contrat de mariage, elles doivent être cenſées être convenues d'une communauté de biens, ſuivant la Coutume de Paris, lieu du domicile de l'homme, quoique le droit obſervé à Lyon n'admette pas de communauté, lorſque les parties ne l'ont pas ſtipulée.

*Vice verſâ*: Si un Lyonnois va prendre femme à Paris pour l'emmener à Lyon, & qu'il n'y ait pas eu de contrat de mariage, il n'y aura pas de communauté; le droit obſervé à Lyon, lieu du domicile du mari, n'en admettant pas, ſi elle n'a été ſtipulée.

15. Si l'homme en ſe mariant avoit intention de fixer ſon domicile dans le pays de la femme: par exemple, ſi un Lyonnois venoit à Orléans épouſer une femme, dans le deſſein de fixer ſon domicile à Orléans, ce Lyonnois ſeroit en ce cas cenſé avoir abdiqué ſon domicile de Lyon, & en avoir acquis un à Orléans, à la loi duquel il doit être cenſé s'être ſoumis.

16. Doit-on décider la même choſe dans le cas auquel le Lyonnois auroit épouſé l'Orléanoiſe à Paris, dans le deſſein d'aller établir ſon domicile à Orléans? La raiſon de douter eſt que le domicile ne pouvant s'acquérir que *facto & animo*, le Lyonnois en ce cas, lorſqu'il s'eſt marié, n'avoit pas encore perdu ſon domicile de Lyon, & n'en avoit pas encore acquis un à Orléans, où il n'étoit pas encore venu. Néanmoins il faut dire que quoique, lorſqu'il s'eſt marié, il n'eût pas encore acquis domicile à Orléans, il ſuffit qu'il eût deſſein d'y fixer ſon domicile, pour qu'Orléans doive être cenſé le lieu de ſon domicile matrimonial, & pour qu'il ſoit en conſéquence cenſé avoir voulu ſuivre pour ſon mariage les loix d'Orléans, plutôt que celles du domicile qu'il alloit quitter.

17. Nous avons vu de quelle nature étoit le ſtatut des Coutumes qui établiſſent une communauté de biens entre mari & femme, lorſque les parties en contractant mariage, ne s'en ſont pas expliquées. Il nous reſte à examiner de quelle nature eſt le ſtatut de la Coutume de Normandie qui la défend. L'aſſignera-t-on à la claſſe des ſtatuts réels qui ont pour objet principal les choſes, tels que ſont ceux qui défendent de diſpoſer par donation ou legs, des héritages propres au-delà d'une certaine portion; ceux qui défendent aux maris & femmes de ſe donner; & une infinité d'autres? L'aſſignera-t-on plutôt à la claſſe des ſtatuts perſonnels, qui ont pour objet de régler l'état des perſonnes?

Si ce ſtatut étoit regardé comme un ſtatut réel, étant de la nature des ſtatuts réels qu'ils exercent leur empire ſur toutes les choſes ſituées dans leur territoire, à l'égard de quelque perſonne que ce ſoit, il s'enſuivroit que lorſqu'un homme, quoiqu'il n'eût pas ſon domicile en Normandie, acquerroit durant ſa communauté avec ſa femme un héritage en Normandie, cet héritage ne tomberoit pas dans ſa communauté, la loi de Normandie à laquelle cet héritage ſeroit ſuppoſé ſujet par ſa ſituation, ne le permettant pas, & la femme ne pourroit prétendre dans cet héritage rien de plus que ce que la Coutume de Normandie *art.* 329, accorde aux femmes dans les conquêts. Mais comme il ne doit pas être au pouvoir du mari de s'avantager des biens de la communauté, au préjudice de ſa femme, le mari en cas d'acceptation de communauté, devroit récompenſe à ſa femme ou à ſes héritiers, de la moitié de la ſomme qu'il a tirée de ſa communauté pour faire cette acquiſition, ſous la déduction de la valeur du droit qu'elle a dans l'héritage.

M. Boullenois, en ſa queſtion 5, nous atteſte qu'au Parlement de Paris la diſpoſition de la Coutume de Normandie qui défend la communauté entre conjoints par mariage, eſt regardée comme un ſtatut perſonnel, qui a pour objet de régler l'état des perſonnes ; la communauté qui eſt l'objet de ce ſtatut, étant quelque choſe qui appartient à l'état des perſonnes mariées.

En conſéquence, ſuivant la nature des ſtatuts perſonnels qui n'exercent leur empire que ſur les perſonnes domiciliées dans leur territoire ; la diſpoſition de la Coutume de Normandie qui défend la communauté, eſt cenſée n'avoir lieu qu'à l'égard des perſonnes, qui, lorſqu'elles contractent mariage, ont leur domicile en Normandie, à l'effet qu'elles ne puiſſent convenir d'une communauté.

18. Les perſonnes ſoumiſes à cette loi par le domicile qu'elles ont dans la Province de Normandie, ne peuvent pas l'éluder en allant paſſer leur contrat de mariage dans une Province dont les loix admettent la communauté, avec l'intention de revenir en Normandie, après qu'elles auront célébré leur mariage. Boullenois, en ſa queſtion 5^e^, décide avec raiſon que la convention de communauté, portée par le contrat de mariage, que ces parties ont paſſé en ce lieu, n'eſt pas plus valable que ſi leur contrat eût été paſſé en Normandie ; les loix du lieu où un acte ſe paſſe, ne réglant que les formes extérieures de l'acte, ce ſont celles du lieu du domicile des parties contractantes, auxquelles leurs perſonnes demeurent toujours ſoumiſes en quelque lieu qu'elles aillent contracter, qui réglent leurs engagemens perſonnels & les conventions qui leur ſont permiſes ou interdites.

19. Lorſqu'il n'y a que l'une des parties qui contractent mariage, qui ſoit de Normandie, & que l'autre eſt de Paris ou de quelqu'autre Province, dont les loix admettent la communauté, on convient aſſez que ſi c'eſt le Pariſien qui eſt allé prendre femme en Normandie pour l'emmener à Paris, il y aura communauté, ſuivant la Coutume de Paris ; qu'au contraire, il n'y aura pas de communauté, lorſque c'eſt un Normand qui eſt allé prendre femme à Paris, & que les parties ne ſe ſont pas expliquées par le contrat de mariage ſur la communauté.

La queſtion ſur laquelle les avis ſont partagés, eſt de ſavoir, ſi lorſqu'un Normand vient à Paris épouſer une Pariſienne pour l'emmener en Normandie, la Pariſienne peut par une convention expreſſe de ſon contrat de mariage, ſtipuler valablement la communauté ? On tient la négative en Normandie : la raiſon eſt que l'homme étant ſujet à la Coutume de ſa Province de Normandie, dans laquelle il a deſſein de retourner, il ne peut pas convenir d'une communauté contre une diſpoſition prohibitive de cette Coutume qui la lui défend : envain dit-on que la Pariſienne n'étant pas encore, lors de la paſſation de ſon contrat de mariage, ſujette à la Coutume de Normandie, a pu valablement ſtipuler une communauté de biens : car pour qu'une convention ſoit valable, il ne ſuffit pas que l'une des parties ſoit capable de cette convention ; il faut que les deux parties le ſoient : il ne ſuffit donc pas, pour que la convention de communauté, portée au contrat, ſoit valable, que la Pariſienne ait été capable de cette convention ; le Normand, avec qui la convention eſt intervenue, en étant incapable par une loi de ſa Province qui la lui interdit, la convention ne peut être valable.

Au contraire, à Paris on juge que cette convention eſt valable. On dit que la Coutume de Normandie, en défendant la convention de communauté, n'a entendu la défendre que dans les mariages qui ſe contractoient entre des perſonnes qui ſeroient l'une & l'autre de la Province ; qu'elle n'a point entendu gêner la liberté qu'ont les hommes de contracter mariage avec des femmes d'autres Provinces, ni par conſéquent, les empêcher de contracter mariage en ce cas, ſuivant les loix de la Province de la femme qu'ils épouſent. Comme on ne manque pas en ce cas de faire paſſer le contrat de mariage par un Notaire du Châtelet de Paris, le Scel de ce Châtelet qui eſt attributif de Juriſdiction, attire au Châtelet de Paris la connoiſſance des conteſtations qui pourroient s'élever après la diſſolution du mariage ſur les clauſes du contrat de mariage, elles y ſont jugées ſuivant cette Juriſprudence.

Nous diviſerons en ſix Parties ce Traité de la communauté entre conjoints par mariage : nous traiterons dans la premiere Partie, des perſonnes entre leſquelles elle peut être contractée, du temps auquel elle commence, & des choſes dont elle eſt compoſée tant en actif que paſſif : dans la ſeconde, du droit des conjoints ſur les choſes dont la communauté eſt compoſée pendant qu'elle dure : dans la troiſieme, de la diſſolution de la communauté, & du droit qu'ont la femme ou ſes héritiers de l'accepter ou d'y renoncer : dans la quatrieme, de la liquidation & du partage qui ſont à faire après la diſſolution de communauté : dans la cinquieme, nous verrons comment chacun des conjoints ou ſes héritiers ſont tenus des dettes de la communauté : nous traiterons dans la ſixieme partie, de la continuation de communauté.

# PREMIERE PARTIE.

*Des perſonnes entre leſquelles peut être contractée la Communauté ; du temps auquel elle commence ; & des choſes dont elle eſt compoſée, tant en actif que paſſif.*

## CHAPITRE PREMIER.

*Des perſonnes entre leſquelles peut être contractée la Communauté, ſoit légale, ſoit conventionnelle ; & du temps auquel elle commence.*

### ARTICLE PREMIER.

*Des perſonnes entre leſquelles peut être contractée la Communauté, ſoit légale, ſoit conventionnelle.*

20. LA communauté ſoit légale, ſoit conventionnelle, étant un effet civil du mariage, c'eſt une conſéquence qu'elle ne peut être contractée que par des perſonnes capables de contracter enſemble un mariage civil. C'eſt pourquoi, ſi l'une des parties qui ont contracté mariage enſemble, étoit alors privée de l'état civil par une condamnation à une peine capitale, ne pouvant y avoir eu de mariage civil entre ces perſonnes, il n'y aura pas entr'elles de communauté conjugale. Cela a lieu à plus forte raiſon, lorſque le mariage non-ſeulement n'eſt pas un mariage civil; mais eſt abſolument nul.

Néanmoins la bonne foi de l'une des parties qui a eu une juſte cauſe d'ignorance de l'empêchement à la légitimité ou à la validité du mariage, peut donner les effets civils à ce mariage, quoiqu'il ne ſoit pas mariage civil, & même quoiqu'il ſoit abſolument nul, & en conſéquence la communauté conjugale aura lieu entre ces perſonnes. Voyez notre Traité du Mariage, *n.* 437 *& ſuiv.*

21. Lorſque des étrangers, quoique non naturaliſés, mais domiciliés en France ſous une Coutume qui admet la communauté de biens ſans qu'il ſoit beſoin de la ſtipuler, y contractent mariage ſans paſſer aucun contrat de mariage; la communauté légale a lieu entre ces perſonnes: il eſt vrai que ces perſonnes ne ſont pas capables du droit civil qui n'a été établi que pour les Citoyens, tel que le droit des teſtamens, des ſucceſſions, du retrait lignager; mais elles ſont capables de ce qui appartient au droit des gens, telles que ſont toutes les conventions: or la communauté légale n'eſt fondée que

ſur

ſur une convention que les perſonnes qui contractent mariage ſont préſumées avoir eue d'établir entre elles une communauté, telle que la loi de leur domicile l'établit, *ſuprà*, *n.* 10; de laquelle convention, de même que de toutes les autres conventions, les étrangers ſont capables : la communauté légale peut donc avoir lieu entre ces perſonnes ; à plus forte raiſon la conventionnelle.

## ARTICLE II.

### *Du temps auquel commence la communauté, ſoit légale, ſoit conventionnelle.*

22. La communauté légale ne commençoit autrefois qu'au coucher, comme l'obſerve Lauriere en ſa note, ſur *l'art.* 220 de la Coutume de Paris, c'eſt-à-dire, lorſqu'il y avoit lieu de préſumer que le mariage avoit reçu ſa conſommation par le commerce charnel des conjoints.

La nouvelle Coutume de Paris, *art.* 220, a abrogé cet ancien droit. Elle dit : *Commence la communauté, du jour des épouſailles & bénédiction nuptiale.*

Cela a lieu dans toutes les Coutumes du Royaume, qui admettent une communauté légale, non-ſeulement dans celles qui l'admettent indiſtinctement quelque peu de temps que le mariage ait duré, mais même dans celles qui ne l'admettent que lorſque le mariage a duré un an & jour : car dans celles-ci la cohabitation que les conjoints par mariage ont eue par an & jour, fait préſumer qu'elles ont eu la volonté de contracter une communauté auſſitôt qu'elles ont contracté mariage. C'eſt pourquoi Dumoulin, en ſa note ſur *l'art.* 508 de la Coutume du Maine, dit : *Trahitur retrò ad diem nuptiarum.*

23. La communauté conventionnelle commence auſſi du jour de la bénédiction nuptiale, & non du jour du contrat de mariage, par laquelle elle eſt ſtipulée : c'eſt ce qui paroît par ces termes uſités dans les contrats de mariage, *les futurs* SERONT *uns & communs.* Ces termes qui ſont au futur, font connoître que l'intention des parties eſt de ne commencer cette communauté qu'au temps auquel commencera leur mariage. D'ailleurs la communauté entre conjoints par mariage étant différente des ſociétés qui ſe contractent entre d'autres perſonnes, & ayant des caracteres qui lui ſont propres, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 3, elle ne peut avoir lieu que lorſque les parties ont acquis par la célébration du mariage cette qualité de *conjoints par mariage.*

# CHAPITRE II.

*Des choſes dont eſt compoſée, tant en actif que paſſif, la communauté légale.*

## SECTION PREMIERE.

*Des choſes dont la communauté eſt compoſée en actif.*

24. L'ARTICLE 220 de la Coutume de Paris nous dit, quelles ſont les choſes dont la communauté légale eſt compoſée en actif. Il eſt conçu en ces termes: » Homme & femme conjoints enſemble par mariage, ſont » communs en biens-meubles & conquêts-immeubles faits durant & conſtant » ledit mariage. »

La Coutume ne fait que deux eſpeces principales de choſes qui compoſent la communauté légale, les meubles & les conquêts.

Nous traiterons des meubles dans un premier article; des conquêts dans un ſecond. Nous ajouterons un troiſieme article, dans lequel nous traiterons des fruits des propres de chacun des conjoints, qui ſont perçus ou échus durant la communauté.

Si l'article de la Coutume, ci-deſſus rapporté, n'en a pas parlé, & n'en a pas fait une troiſieme eſpece de choſes dont eſt compoſée la communauté légale, c'eſt parce qu'ils ſont renfermés dans celle des meubles, ou même quelquefois dans celle des conquêts; néanmoins ces fruits conſtituent véritablement une troiſieme eſpece de choſes dont la communauté eſt compoſée, comme nous le verrons en ſon lieu.

### ARTICLE PREMIER.

*Des meubles.*

25. La Coutume, en diſant qu'homme & femme ſont uns & communs *en meubles*, comprend ſous la généralité de ces termes, *en meubles*, tous les meubles de chacun des conjoints, de quelque eſpece qu'ils ſoient, non-ſeulement les meubles corporels, mais pareillement les effets mobiliers incorporels, ces choſes étant compriſes ſous le terme général *de meubles*. La Coutume d'Orléans, *art.* 186, pour ne laiſſer aucun doute ſur ce point, s'en eſt expliquée, en diſant *ſont uns & communs en biens-meubles, dettes actives.* Pluſieurs autres Coutumes s'en ſont pareillement expliquées.

26. La Coutume de Paris comprend auſſi ſous la généralité des termes dont elle ſe ſert, tant les biens-meubles qui appartiennent à chacun des conjoints lors du mariage & dès auparavant, que ceux acquis depuis. C'eſt ce qui paroît par la ponctuation du texte; il eſt dit: *Sont communs en biens-meu-*

*bles & conquêts - immeubles faits durant & conſtant leur mariage* : la virgule étant poſée après ces mots, *en biens meubles*, n'y en ayant point après les mots, *conquêts immeubles*, il s'enſuit que les termes reſtrictifs qui ſuivent, *faits durant & conſtant leur mariage*, ne ſe rapportent qu'aux *conquêts* immeubles, & non aux meubles.

On peut encore tirer argument de ce que la Coutume de Paris, dans l'article ſuivant, charge expreſſément la communauté du mobilier paſſif de chacun des conjoints, ſoit qu'il ait été contracté après ou auparavant le mariage : l'actif mobilier doit donc pareillement y entrer, ſoit qu'il ſoit d'auparavant, ſoit qu'il ſoit depuis le mariage. Enfin l'article 186 de la Coutume d'Orléans, rédigée trois ans après celle de Paris, par les mêmes Commiſſaires, & qui doit ſervir à l'interpréter, s'en explique formellement. Il y eſt dit : » Homme & femme ſont uns & communs en biens-meubles, dettes actives & paſſives, faits TANT AUPARAVANT LEUR MARIAGE *que durant icelui.*

Pour faire connoître plus en détail quelles ſont les choſes qui, ſous le nom de meubles, compoſent la communauté légale, nous verrons dans un premier §. quelles ſont les choſes corporelles qui ſont meubles & qui entrent en conſéquence dans la communauté légale : dans un ſecond, quelles ſont les choſes incorporelles qui ſont réputées meubles, & qui entrent en conſéquence dans cette communauté : enfin, dans un troiſieme, nous traiterons de quelques exceptions que ſouffre le principe.

## §. I.

### *Des meubles corporels.*

27. Les choſes corporelles ſont les êtres phyſiques, les choſes *quæ tangi poſſunt* : elles ſont meubles ou immeubles.

28. On appelle *meubles* celles qui ſont tranſportables d'un lieu à un autre, & qui ne ſont pas partie de quelque fonds d'héritage ou de maiſon.

29. Quelque grand que ſoit le volume de ces choſes qui ſont tranſportables d'un lieu à un autre, & quelque grand qu'en ſoit le prix, elles ne laiſſent pas de paſſer pour meubles & d'entrer en conſéquence dans la communauté. Par exemple, de grands vaiſſeaux qui appartiennent à un armateur, entrent dans la communauté légale de cet armateur avec ſa femme. La Coutume de Calais, *tit.* 1, *art.* 3, & celle de Normandie, *art.* 519, en ont des diſpoſitions.

30. Par la même raiſon, quelque grande que ſoit la dignité de l'homme, dans nos colonies les Negres qui ſont nos eſclaves ſont regardés comme biens-meubles, & entrent par conſéquent dans la communauté légale.

La Déclaration du Roi du mois de Mars 1685 a apporté une exception à cette regle ; elle porte que les eſclaves ſont meubles *s'ils ne ſont attachés à la terre.* La loi entend par ces termes, *s'ils ne ſont attachés à la terre*, ceux qui ſont deſtinés principalement & à perpétuité à la culture des terres de quelqu'habitation : ces eſclaves ne ſont pas *meubles*, parce qu'ils ſont cenſés faire partie d'un fonds de terre, c'eſt-à-dire, de l'habitation à la culture

des terres de laquelle ils ſont deſtinés; ils ſont cenſés ne faire qu'un ſeul & même tout avec cette habitation, & par conſéquent ils n'entrent dans la communauté légale qu'autant que l'habitation à laquelle ils ſont attachés, ſeroit un conquêt qui y entreroit.

A l'égard de tous les autres eſclaves, tels que ſont ceux qui ſont employés, ſoit au ſervice de la perſonne de leur maître, comme un valet-de-chambre, un cocher, un cuiſinier; ſoit à quelqu'autre miniſtere qui ne les attache pas à une terre, cette Déclaration du Roi les déclare meubles, & ils doivent par conſéquent entrer dans la communauté légale.

31. Pour bien connoître quelles choſes doivent paſſer pour meubles, & entrer en conſéquence dans la communauté légale, il faut établir quelques regles qui ſervent à diſcerner quelles ſont les choſes qui ſont cenſées faire partie d'un fonds de terre ou d'une maiſon, & quelles ſont celles qui n'en ſont pas partie, & qui doivent en conſéquence être réputées meubles.

## *Regles ſur les choſes qui ſont cenſées faire partie d'un fonds de terre.*

### Premiere Regle.

32. Les édifices qui ſont conſtruits ſur un fonds de terre ſont partie de ce fonds de terre, ſuivant la regle : *quod ſolo inædificatur, ſolo cedit; Inſtit. tit. de rer. diviſ.* §. 31.

### Seconde Regle.

33. Les ſemences qui ont été jettées dans une terre ſont auſſi-tôt partie de la terre dans laquelle elles ont été jettées : *quæ ſata ſunt, ſolo cedere intelliguntur; Inſtit. d. tit.* §. 34.

### Troisieme Regle.

34. Il en eſt de même des arbres & des arbuſtes, & même des oignons de fleurs qui ſont plantés en pleine terre; ils ſont partie du fonds de terre où ils ont été plantés auſſi-tôt qu'ils y ont été plantés.

Si néanmoins quelqu'un, par erreur, avoit planté dans ſa terre un arbre qui ne lui appartînt pas, ou avoit par erreur planté ſon arbre dans une terre qui ne lui appartenoit pas, l'arbre conſerveroit ſa qualité de meuble, & ne ſeroit pas cenſé faire partie de la terre où il a été planté, juſqu'à ce qu'il y fût attaché par les racines qu'il y auroit pouſſées; *Inſtit. d. tit.* §. 33.

La regle ſouffre une autre exception à l'égard des arbres des pépinieres, qui ſont tranſplantés de la terre qui les a produits, dans une autre terre où ils ſont mis comme en dépôt pour s'y nourrir & s'y fortifier, juſqu'à ce qu'on les en arrache pour être vendus : ces arbres conſervent leurs qualités de meubles qu'ils ont acquiſes lorſqu'ils ont été arrachés de la terre où ils ſont nés; ils ne ſont pas cenſés faire partie de la terre où ils ont été tranſplantés, n'y ayant point été plantés pour perpétuelle demeure, & n'y étant que comme en dépôt, juſqu'à ce qu'ils en ſoient arrachés pour être vendus, ils entrent par conſéquent dans la communauté légale.

A l'égard des arbuſtes & des fleurs qui ſont plantés dans des pots & dans des caiſſes, il n'eſt pas douteux que ce ſont choſes meubles, comme le ſont les pots & les caiſſes où ils ſont plantés.

### Quatrieme Regle.

35. Les choſes placées ſur un fonds de terre, quoiqu'elles n'y ſoient que légérement cohérentes, lorſqu'elles y ſont plantées pour perpétuelle demeure, en ſont cenſées faire partie.

Suivant cette regle les échalas qui ſervent à attacher les vignes, quoiqu'ils ne ſoient que très-légérement cohérents à la terre où ils ſont piqués, font partie de cette terre, parce qu'ils y ſont placés pour perpétuelle demeure, & deſtinés à y ſervir à cet uſage juſqu'à ce qu'ils ſoient entiérement uſés, & qu'ils ne puiſſent plus ſervir.

36. Suivant cette même regle, un moulin-à-vent eſt cenſé faire partie du ſol ſur lequel il eſt placé, parce qu'il y eſt placé pour perpétuelle demeure, quoiqu'il n'y ſoit point attaché.

Pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions. Paris, *art.* 90; Orléans, *art.* 352.

A l'égard des moulins aſſis ſur bateaux, tels que nous en avons ſur notre riviere de Loire, ils ſont meubles, puiſque les bateaux ſur leſquels ils ſont aſſis, le ſont; Orléans, *art.* 352. Pluſieurs autres Coutumes en ont des diſpoſitions : la ſeule Coutume de Berri, *tit.* 4, *art.* 3, les déclare immeubles.

L'article 90 de la Coutume de Paris, dit à la vérité indiſtinctement que les moulins à eau ſont immeubles; mais cela ne doit être entendu que de ceux qui ſont conſtruits ſur des pilotis, enfoncés ſur le ſol de la riviere, & non de ceux qui ſont aſſis ſur bateaux.

37. Un moulin à vent n'étant cenſé immeuble & faire partie du fonds de terre ſur lequel il eſt placé, que parce qu'il y eſt placé pour perpétuelle demeure, c'eſt une conſéquence qu'il ne doit être réputé tel que lorſqu'il y a été placé par le propriétaire de la terre, & qu'il en doit être autrement s'il y avoit été placé par un uſufruitier ou par un fermier de la terre; car on ne peut pas dire en ce cas qu'il ait été placé pour perpétuelle demeure, l'uſufruitier & le fermier étant préſumés ne l'avoir placé que pour le temps que devoit durer l'uſufruit & le bail, & devant l'emporter après la fin de l'uſufruit ou du bail : le moulin doit donc en ce cas paſſer pour une choſe meuble, qui doit en conſéquence entrer dans la communauté légale de l'uſufruitier ou du fermier.

38. A l'égard des échalas, quoiqu'ils aient été placés dans la vigne par un uſufruitier ou un fermier, ils ne laiſſent pas d'y être réputés placés pour perpétuelle demeure, & faire en conſéquence partie de la vigne, l'uſufruitier & le fermier étant en leur qualité d'uſufruitier ou de fermier, obligés d'entretenir la vigne d'échalas, & d'y laiſſer, après la fin de l'uſufruit ou du bail, ceux qu'ils y ont mis.

### Cinquieme Regle.

39. Les choſes qui ſont réputées faire partie d'un fonds de terre, continuent même pendant qu'elles en ſont détachées, à être réputées en faire partie, tant qu'elles ſont deſtinés à y être replacées.

Suivant cette regle, les oignons de fleurs qu'on ôte de la terre d'un jardin l'hiver pour les y replanter au printemps, continuent d'être réputés faire partie de ce jardin, tant qu'ils ſont deſtinés à y être replantés.

Suivant cette regle, les échalas qu'on détache de la vigne pendant l'hiver pour y être replacés au printems, continuent même pendant ce temps d'être réputés faire partie de la vigne.

Cette deſtination ſuffit bien pour conſerver à ces choſes la qualité d'immeuble & de partie de la terre, lorſqu'elles l'ont une fois acquiſe; mais elle ne ſuffit pas pour la leur faire acquérir.

C'eſt pourquoi ſi j'ai acheté d'un jardinier des oignons de tulipe pour les planter dans un jardin, cette deſtination ne les empêche pas d'être choſes meubles, & ils ne commençent à être réputés faire partie de mon jardin que lorſqu'ils y auront été plantés.

Pareillement, ſi j'ai fait amener dans ma maiſon de vigne des échalas pour être employés dans mes vignes, cette deſtination ne les empêche pas de conſerver la qualité de meubles, & ne leur fera pas acquérir celle d'immeuble & de partie de la vigne, juſqu'à ce qu'ils y aient été piqués en terre, & que la vigne y ait été attachée.

C'eſt ce qu'enſeigne Ulpien, en la Loi 17, §. 11, ff. *de act. empti*: *Pali qui vineæ causâ parati ſunt antequam collocentur, ſundi non ſunt, ſed qui exempti ſunt hâc mente ut collocentur, fundi ſunt.*

### Sixieme Regle.

40. Les pailles qui ſont nées dans une terre, & les fumiers qui y ſont faits par les animaux qui ſervent à ſon exploitation, étant dès leur naiſſance deſtinés à demeurer toujours dans cette terre, à y être enterrés pour la fumer, & à être par-là en quelque façon identifiés avec cette terre, ſont réputés en faire partie.

C'eſt en conſéquence de ce principe qu'Ulpien décide que lorſqu'une terre eſt vendue ou léguée, les pailles & les fumiers qui y ſont, appartiennent à l'acheteur ou au légataire, comme en faiſant partie : *fundo vendito vel legato, ſterculinium & ſtramenta emptoris & legatarii ſunt; d.* L. 17, §. 2.

Comme c'eſt cette deſtination qui fait regarder les pailles & fumiers comme faiſant partie de la terre, il faudroit décider autrement ſi l'uſage du pere de famille étoit de les vendre plutôt que de les employer à fumer ſa terre; ils ſeroient en ce cas réputés meubles, & entreroient par conſéquent dans la communauté légale du propriétaire de ces pailles & fumiers avec ſa femme.

C'eſt la diſtinction que faiſoit Trebatius : *in ſterculinio diſtinctio Trebatii probanda eſt, ut ſi quidem ſtercorandi agri cauſâ comparatum ſit, emptorem ſequatur (tanquam pars fundi venditi), ſi vendendi, venditorem (quaſi hoc caſu non ſit pars fundi venditi, ſed res mobilis diſtincta à fundo;) d.* §. 2.

### Septieme Regle.

41. Les choſes qui ſont de nature à n'être pas par elles-mêmes *in bonis noſtris*, & qui ne nous appartiennent qu'à raiſon de quelqu'une de nos terres où elles ſe trouvent, ſont cenſées faire partie de cette terre.

Suivant cette regle, les animaux qui ſont dans leur liberté naturelle dans un certain lieu, ſont partie de ce lieu où ils ſont dans leur liberté naturelle.

Par exemple, les poiſſons ſont cenſés faire partie de l'étang; les lapins de la garenne; les pigeons du colombier où ils ſe trouvent dans leur liberté naturelle, & avec leſquels ils ſont cenſés ne faire qu'un ſeul & méme tout.

La raiſon eſt que, ſuivant les principes du Droit, les animaux *feræ naturæ* ne ſont proprement *in bonis* que lorſque nous les tenons *ſub manu & cuſtodiâ noſtrâ*. Le propriétaire d'un étang où il y a des poiſſons; d'une garenne où il y a des lapins; d'un colombier où il y a des pigeons, eſt donc ſeulement propriétaire d'un étang empoiſſonné, d'une garenne peuplée de lapins, d'un colombier peuplé de pigeons, plutôt qu'il ne l'eſt des poiſſons, des lapins, & des pigeons qui y ſont. Ces animaux n'étant donc pas, quant au domaine que le propriétaire de l'étang, de la garenne ou du colombier peut en avoir, quelque choſe de diſtingué de l'étang, de la garenne & du colombier où ils ſont dans leur liberté naturelle, ils ne peuvent entrer *per ſe* & comme choſes meubles dans la communauté légale de ce propriétaire avec ſa femme; ils ne peuvent y entrer qu'autant que l'étang, la garenne & le colombier avec leſquels ils ſont cenſés ne faire qu'un ſeul & méme tout, ſeroient des conquêts qui y entreroient.

Mais lorſque ces animaux ne ſont pas dans leur liberté naturelle & ſont *ſub manu noſtrâ*, tels que ſont les poiſſons que nous avons dans un réſervoir, ou les poiſſons d'un étang dont la bonde eſt levée, & qui eſt mis à ſec; tels que ſont pareillement les lapins qu'on éleve dans un grenier ou clapier, & les pigeons qu'on éleve ſous une mue ou qui ſont renfermés dans une voliere; ces animaux en ce cas nous appartiennent *per ſe*, comme choſes meubles, & entrent en cette qualité dans la communauté légale.

Cette diſtinction ſe trouve dans pluſieurs de nos Coutumes: celle de Paris, *art.* 91, dit: » poiſſon étant en étang ou en foſſe eſt réputé immeuble, (1) » mais quand il eſt en boutique ou réſervoir, eſt réputé meuble. » Notre Coutume d'Orléans, *art.* 355, dit la même choſe; cette diſtinction ſe trouve dans l'Auteur du grand Coutumier.

Elle ſe trouve dans les Loix Romaines. Ulpien, en diſant: *piſces qui ſunt in piſcinâ* (dans un réſervoir) *non ſunt ædium nec fundi, non magis quàm pulli*; L. 15, L. 16, ff. *de act. emp.* laiſſe à conclure qu'il en eſt autrement lorſqu'ils ſont *in ſtagno, in laxitate naturali.*

Paul, en la Loi 3, §. 14 ff. *de acquir. poſſeſſione*; *Feras beſtias quas* (2) *vivariis incluſerimus & piſces quas in piſcanas conjecerimus à nobis poſſideri, ſed eos piſces qui in ſtagno ſunt, aut feras quæ in ſylvis circumſeptis vagantur à nobis non poſſideri* (3), *quoniam relictæ ſunt in libertate naturali.*

---

(1) Comme ne faiſant qu'un ſeul & même tout avec l'étang, où il eſt *in libertate naturali.*

(2) *Gellius*, Noct. Attic. 11, 20, *ait vivaria, ſepta quædam loca eſſe in quibus feræ vivæ paſcuntur, quæ à Varrone appellantur Leporaria* (des Clapiers) *à Scipione* Roboraria *quod ea plerumque tabulis Roboreis ſepta eſſent.*

(3) *Poſſidemus tantum ſtagnum piſcibus refertum, aut ſylvam feris beſtiis refertam.*

Cette distinction étant prise dans la nature des choses, doit être observée par-tout où les Coutumes ne s'en sont pas expliquées.

42. De ce que la Coutume déclare immeubles les poissons qui sont dans un étang dans leur liberté naturelle, Chopin, sur la Coutume de Paris, & Lebrun en son Traité de la Communauté, en ont mal-à-propos conclu que les abeilles devoient aussi être pareillement réputées immeubles, parce qu'elles sont dans leur liberté naturelle dans leurs ruches, où elles ne sont pas tenues enfermées, d'où elles vont & viennent où il leur plaît. La fausseté de cette conséquence est évidente : si les poissons qui sont dans un étang sont immeubles, c'est parce que l'étang avec lequel ils sont censés ne faire qu'un seul & même tout, est un immeuble.

Au contraire, une ruche avec laquelle les abeilles qui y sont dans leur liberté naturelle, ne compose qu'un meme tout, étant un meuble qui entre en cette qualité dans la communauté légale, les abeilles de cette ruche qui ne font qu'un seul tout avec la ruche, doivent pareillement avoir la qualité *de meuble* & entrer avec la ruche en communauté légale.

43. De tout ce qui vient d'être dit, résulte la différence des animaux *feræ naturæ*, & des animaux domestiques,

A l'égard des animaux *feræ naturæ*, tant qu'ils sont *in naturali laxitate*, nous ne sommes ni possesseurs ni propriétaires de ces animaux *per se*; nous ne le sommes que *ratione loci nostri in quo sunt*. Il en est autrement des animaux domestiques, tels que sont les volailles & autres animaux d'une basse-cour; ce n'est point *ratione loci nostri in quo sunt*, que nous sommes possesseurs & propriétaires de ces animaux; nous sommes possesseurs & propriétaires de ces animaux *per se*; & comme ces animaux sont par eux-mêmes quelque chose de meuble, ils sont à notre égard un bien meuble, qui doit par conséquent entrer dans la communauté légale.

Cela a lieu même à l'égard des animaux qui servent à l'exploitation des terres, tels que sont les chevaux, les bœufs, les vaches, les troupeaux de moutons. Nous sommes possesseurs & propriétaires de ces animaux *per se*, comme d'un bien-meuble, & ils doivent entrer en cette qualité dans la communauté légale : nous ne sommes pas propriétaires de ces animaux *ratione fundi*, à l'exploitation duquel ils servent; ces animaux, de même que toutes les autres choses qui servent à l'exploitation d'une terre, n'en font pas pour cela partie : *instrumentum fundi non est pars fundi*; L. *fin.* ff. *de stipell. leg.*; L. 2, §. 1, ff. *de instrum. leg.*

44. Quoique tel soit le droit qui doit être observé tant qu'il n'y aura pas de loi contraire, néanmoins je ne puis m'empêcher de témoigner qu'il seroit à desirer qu'il y eût une loi qui attachât au domaine d'une terre, celui des bestiaux qui servent à son exploitation, en ordonnant que les bestiaux qui servent à l'exploitation d'une terre, seroient réputés en faire partie, & qu'en conséquence, en matiere de communauté, ils n'y tomberoient qu'autant que la terre y seroit apportée; qu'en matiere de succession, l'héritier aux propres qui succede à la terre, succéderoit aussi aux bestiaux de cette terre; qu'en matiere de retrait, le retrayant retireroit la terre avec les bestiaux; qu'en matiere de garde-noble dans les Coutumes qui donnent les meubles

meubles du mineur au gardien, le gardien ne pourroit s'attribuer comme biens-meubles les beſtiaux des terres de ſes mineurs. Faute d'une telle loi, à combien d'inconvéniens eſt-on expoſé, qui ſont contraires au bien de l'agriculture ? Une femme qui avoit une terre bien garnie en beſtiaux, s'eſt remariée ſans faire de contrat de mariage : elle eſt obligée, après la mort de ſon mari, de renoncer à la communauté, & de laiſſer en conſéquence aux héritiers ou créanciers de ſon mari tous les beſtiaux de ſa terre qui ſont entrés dans la communauté à laquelle elle a renoncé ; elle n'a pas de grands moyens pour en acheter une quantité ſuffiſante, elle ne pourra pas bien faire valoir ſa terre. En matiere de ſucceſſion & en matiere de retrait, un héritier aux propres ſuccede à une terre ſans ſuccéder aux beſtiaux qui appartiennent à l'héritier au mobilier ; un retrayant retire la terre ſans retirer les beſtiaux : cet héritier & ce retrayant n'ont pas le moyen d'en acheter une quantité ſuffiſante, la terre ſera mal cultivée. L'inconvénient eſt encore bien plus frappant en matiere de garde-noble, dans les Provinces dont la loi donne au gardien en propriété tous les meubles échus à ſon mineur de la ſucceſſion du prédécédé de ſes pere & mere ; ce mineur à la fin de ſa garde trouvera ſes terres ſans beſtiaux, qui comme effets mobiliers appartiennent à ſon gardien : comment fera-t-il valoir ſes terres ?

Le Légiſlateur a déja reconnu l'utilité qu'il y a à ne pas ſéparer d'une terre les beſtiaux qui ſervent à ſon exploitation, en ordonnant, par l'Ordonnance de 1747, *art.* 6, contre la diſpoſition du Droit Romain, que les beſtiaux ſervans à l'exploitation d'une terre ſeroient cenſés compris dans la ſubſtitution de la terre, quoique le teſtateur ne s'en fût pas expliqué.

On me pardonnera cette digreſſion.

## Huitieme Regle.

45. Les fruits & productions de la terre, tant qu'ils y ſont encore pendans, font partie de la terre qui les a produits, avec laquelle ils ſont cenſés ne faire qu'un ſeul & même tout, & une ſeule & même choſe.

Mais auſſitôt qu'ils en ſont ſéparés, ils commencent à être une choſe particuliere diſtinguée de la terre dont ils faiſoient auparavant partie, *incipiunt habere propriam* ουσιαν, & il eſt évident que cette choſe qui commence d'être, eſt une choſe meuble, puiſqu'elle eſt tranſportable d'un lieu à un autre.

Cette doctrine eſt puiſée dans les Loix Romaines. Gaius nous dit : *fructus pendentes pars fundi videntur* ; L. 44, ff. *de rei vend.* & Ulpien dit : *fructus perceptos villæ non eſſe conſtat* ; L. 17, §. 1, ff. *de act. empt.* La Coutume de Paris, *art.* 92, dit pareillement : » bois coupé, bled, foin ou grain ſoié ou fauché, » ſuppoſé qu'il ſoit encore ſur le champ & non tranſporté, eſt meuble ; mais » quand il eſt ſur pied & pendant par les racines, il eſt réputé immeuble. »

La Coutume dit : *ſuppoſé qu'il ſoit encore ſur le champ*, c'eſt-à-dire, *quoiqu'il ſoit encore ſur le champ* ; la raiſon eſt que c'eſt ſa ſéparation de la terre à laquelle il étoit uni, qui le rend une choſe meuble qui exiſte ſéparément de la terre, & n'en fait plus partie ; il ſuffit donc que ce bois, ce bled, ce foin ſoit ſéparé de la terre, quoiqu'il ſoit encore ſur le champ, pour qu'il ſoit une choſe meuble.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 354, dit pareillement: » fruits pendants » par les racines, ſont héritage. »

46. Suivant la regle que nous venons d'expoſer, les arbres des pepinieres qui tiennent encore à la terre qui les a produits des pepins qui y ont été ſemés, ſont cenſés faire partie de cette terre, & ne faire qu'un ſeul & même tout avec elle.

Mais lorſqu'ils ont été arrachés, & ſéparés, ils deviennent une choſe meuble diſtinguée de cette terre.

Ils conſervent même cette qualité de choſes meubles, lorſqu'ils ſont haubinés, c'eſt-à-dire, tranſplantés dans une autre, où ils ſont mis comme en dépôt pour s'y fortifier quelque temps juſqu'à ce qu'on les en arrache pour les vendre; car n'étant que comme en dépôt dans cette terre, ils n'en ſont pas partie, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 34.

Voyez *infrà*, *art.* 3 une limitation apportée par quelques Coutumes, à la regle que les fruits pendans ſont immeubles.

## *Regles ſur les choſes qui ſont cenſées faire partie d'une maiſon, ou d'un autre édifice.*

47. La Coutume de Paris établit à cet égard une regle en l'article 90, qui eſt conçu en ces termes: » uſtenſiles d'hôtel qui ſe peuvent tranſporter » ſans fraction & détérioration ſont réputés meubles; mais s'ils tiennent à » fer & à cloux, & ſont ſcellés en plâtre, & ſont mis pour perpétuelle de- » meure, & ne peuvent être tranſportés ſans fraction & détérioration, ſont » cenſés & réputés immeubles. »

Cette regle eſt imparfaite, car il y a des choſes, qui ſans être attachées à fer & à cloux, ſont cenſées faire partie de la maiſon; & d'autres qui quoiqu'attachées à fer & à cloux, ne ſont pas cenſées en faire partie; il eſt donc néceſſaire pour éclaircir la matiere, d'établir les regles ſuivantes.

### Premiere Regle.

48. Les choſes qui ſont dans une maiſon ou autre édifice pour perpétuelle demeure, en ſont partie; *ſecus* ſi elles n'y ſont que pour un temps.

Cette regle eſt priſe de la Loi 17, §. 7, ff. *de act. empt. Labeo generaliter ſcribit ea quæ perpetui uſûs cauſâ in ædificiis ſunt, ædificii eſſe, quæ verò ad præſens, non eſſe ædificii.*

### Seconde Regle.

49. Les choſes qui ſont tellement attachées à un édifice, qu'il ne ſoit pas facile de les en détacher, ſont préſumées y être pour perpétuelle demeure, & faire partie de la maiſon & édifice où elles ſont attachées.

C'eſt conformément à cette regle, que la Coutume de Paris, *art.* 90, & notre Coutume d'Orléans, *art.* 353, décident qu'un preſſoir eſt réputé immeuble, comme faiſant partie de l'édifice ou maiſon où il eſt conſtruit.

Cela ne doit s'entendre que des grands preſſoirs à arbre ou à roue; on a depuis inventé de petits preſſoirs à auge qui peuvent facilement être tranſportés d'un lieu à un autre; ces petits preſſoirs ſont choſes meubles.

Les anciens avoient auſſi de petits preſſoirs qui pouvoient facilement ſe déplacer, & c'eſt de ces petits preſſoirs qu'on doit entendre ce que dit Ulpien : *multa etiam defoſſa eſſe, neque tamen fundi aut villæ habere, ut putà vaſa vinaria*, TORCULARIA *quoniam hæc inſtrumenti magis ſunt, quamvis ædificio cohærent ; d.* L. 17, ff. *de act. empt.*

50. Ce qu'il dit auſſi que les vaſes où on met du vin, quoiqu'enfoncés en terre, ſont meubles, ne doit s'entendre que de ceux qu'on peut facilement déplacer, & non de ces grands foudres qui ne peuvent facilement l'être ; c'eſt ainſi que Cujas concilie cette Loi avec la Loi 21, ff. *de inſtrum. leg.* où il eſt dit : *dolia, molæ olivariæ, prelum & quæcumque infixa ſunt, inædificataque ſunt, fundi ſunt.*

A l'égard des cuves dont nous nous ſervons dans nos maiſons de vignes, qui ne ſont point enfoncées en terre ni cohérentes, & qui peuvent par conſéquent facilement ſe déplacer, il ne peut être douteux que ces cuves ſont de purs meubles, & qu'elles ne ſont pas cenſées faire partie du lieu où elles ſe trouvent, *ſunt magis inſtrumenta fundi, quàm ſunt pars fundi.*

Pluſieurs Coutumes ont ſuivi ces diſtinctions : celle de Melun, *art.* 283, dit : » cuves & baignoires ſont réputées meubles ; mais ſi elles ne ſe peuvent » ôter ſans faire ouverture ou ſans déſaſſembler, ſont réputées immeubles. »

Normandie, *art.* 515, dit : » cuves & tonnes ſont réputées immeubles quand » elles ne peuvent être enlevées ſans déſaſſembler. »

Tours, *art.* 224 ; Calais, *art.* 3 ; Châlons, *art.* 108, diſent la même choſe.

Ces Coutumes apportent pour exemple les cuves & chaudieres de Braſſeurs, de Teinturiers, de Tanneurs, aſſiſes en terre.

Laon, *art.* 101, répute meubles les cuves & autres gros uſtenſiles qui peuvent ſe déſaſſembler & tranſporter ſans grande détérioration.

Les preſſes d'Imprimerie, les métiers de Tiſſerand, quoiqu'attachés au lieu où ils ſont, pouvant en être facilement déplacés, ne ſont point pareillement regardés comme faiſant partie de la maiſon où ils ſont, mais ils ſont de purs meubles. Cela a été ainſi jugé pour les preſſes d'Imprimerie du célebre Robert Etienne, par un Arrêt rapporté par tous les Commentateurs.

52. Il n'en eſt pas de même d'une forge de Maréchal ou de Serrurier : ne pouvant être déplacée du lieu où elle eſt conſtruite, ſans être entiérement démolie, elle eſt cenſée miſe pour perpétuelle demeure, & faire partie de la maiſon où elle eſt conſtruite.

## TROISIEME REGLE.

53. Les choſes qui peuvent facilement être déplacées du lieu où elles ſont, ne laiſſent pas d'être cenſées faire partie de la maiſon, lorſqu'elles y ſervent à completter la partie de la maiſon où elles ſont placées, *cùm poſita ſun ad integrandam domum* ; mais ſi elles n'y ſervent que d'ornement & d'ameublement, ou pour l'exercice du métier de la perſonne qui habite la maiſon, *ſi poſita ſunt inſtruendam domum*, elles ne ſont pas cenſées faire partie de la maiſon, & ſont de ſimples meubles.

Cette regle eſt le développement de ce que dit Ulpien : *ea eſſe ædium ſolemus dicere quæ pars ædium ſunt . . vel propter ædes habentur* ; L. 13, §. ff. *fin. de act. emp.*

54. Suivant cette regle, les marbres ou les boiſeries dont on revêtit un chambranle de cheminée, ou les murs d'une chambre, quoiqu'ils puiſſent être aſſez facilement détachés, ſont cenſés y être pour perpétuelle demeure; car ces choſes ſervent à completter & perfectionner les murs qu'ils revêtiſſent, leſquels ſans cela ſeroient trop nuds & trop mal-propres, & auxquels il manqueroit quelque choſe.

C'eſt par cette raiſon qu'Ulpien dit en la Loi 17, §. 3, ff. *de act. empt. cruſtæ marmoreæ ædium ſunt.*

Par la même raiſon le parquet d'une chambre eſt cenſé faire partie de la maiſon; car il ſert à cette chambre de *pavimentum*, & le *pavimentum* d'une chambre eſt quelque choſe qui fait partie de la chambre.

55. A l'égard des glaces & des tableaux qui ſont encadrés dans une cheminée: ſi ce qui eſt derriere la glace ou le tableau, ſont les briques de la cheminée ou quelque planche qui ne ſoit pas de même parure que le reſte de la cheminée, en ce cas la glace ou le tableau paroît être mis pour completter cette partie de la maiſon; car la cheminée ſeroit imparfaite, & il y manqueroit quelque choſe, ſi derriere le tableau ou la glace, il n'y avoit que les briques ou quelque planche de parure différente du reſte de la cheminée; le tableau ou la glace étant donc en ce cas mis *ad integrandam domum*, il eſt cenſé en faire partie: *quæ tabulæ pictæ pro tectorio includuntur, ædium ſunt;* L. 17, §. 3, ff. *act. empt.*

Au contraire, ſi ce qui eſt derriere la glace ou le tableau, eſt de même parure que le reſte de la cheminée, en ce cas la cheminée ayant toute ſa perfection indépendamment de la glace qu'on y a attachée, on ne peut pas dire en cas que la glace ſerve *ad integrandam domum*, elle ne ſert que *ad inſtruendam domum*, & elle ne doit pas, ſuivant notre principe, être cenſée faire partie de la maiſon, mais elle doit être regardée comme un meuble.

56. Lorſque dans la conſtruction d'un grand veſtibule on a pratiqué des niches, les ſtatues qui y ſont attachées dans ces niches ſont cenſées faire partie de la maiſon, car elles ſont placées *ad integrandam domum*; elles ſervent à completter cette partie de la maiſon; car les niches n'étant faites que pour y placer des ſtatues, il manqueroit quelque choſe au veſtibule, s'il n'y avoit pas de ſtatues placées dans les niches.

C'eſt de ces ſtatues qu'on doit entendre ce que dit Papinien: *Papinianus ait, ſigilla* (1) *& ſtatuæ affixæ, inſtrumento domûs non continentur, ſed domûs portio ſunt;* L. 12, §. 23, ff. *de inſtrum. leg.*

57. Un contrefeu attaché avec des pattes de fer à un mur de cheminée, fait partie de la maiſon; il ſert à garantir le mur de la cheminée de l'ardeur du feu qui le brûleroit & le dégraderoit: la cheminée en eſt donc plus parfaite & plus complette lorſqu'elle a ce contrefeu, il ſert donc *ad integrandam domum, propter ædes habetur.*

58. Les cloiſons, les retranchemens, les alcoves, *&c.* ſont auſſi cenſés faire partie de la maiſon, puiſqu'ils en compoſent la diſtribution.

59. Les rateliers d'une écurie doivent auſſi, ſuivant cette regle, être ré-

(1) *Id eſt parva ſigna*, de petites ſtatues.

putés immeubles, comme faiſant partie de l'écurie, car ils ſervent à la compléter; il manqueroit quelque choſe à une écurie, pour pouvoir être écurie, ſi elle n'avoit pas des rateliers.

Par la même raiſon, lorſqu'un bâtiment a été conſtruit exprès, pour être une raffinerie de ſucre, les grandes chaudieres qui y ſont enfoncées en terre & ſcellées en maçonnerie, ſont cenſées faire partie de l'édifice, auquel il manqueroit quelque choſe, & qui ne ſeroit pas une raffinerie, ſans ces chaudieres.

### Quatrieme Regle.

60. Les choſes qui ſervent à compléter la maiſon, quoiqu'elles n'y ſoient pas attachées, ſont auſſi cenſées faire partie de la maiſon; telles ſont les choſes qui ſervent à la clôture de la maiſon, ou de quelque partie de la maiſon, comme les clefs, les cadenats, les planches qui ſervent à fermer la boutique le ſoir, & qu'on ouvre le matin, les couliſſes de nattes, les chaſſis, un couvercle de puits: *ædium multa eſſe, quæ ædibus adfixa non ſunt, ignorari non oportet, ut putà, feras, claves, clauſtra;* L. 17, ff. *act. empt. Opercula puteorum quamvis non ſunt adfixa, ædium eſſe conſtat; d.* L. 17, §. 8.

61. Par la même raiſon, l'artillerie qui eſt dans un château ou fortereſſe, quoiqu'elle n'y ſoit point attachée, eſt cenſée y être pour perpétuelle demeure & en faire partie: car elle ſert à compléter ce château ou fortereſſe, qui ne peut être château ou fortereſſe ſans artillerie. Pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions: Berri, Tours, Nivernois, Bourbonnois, Laon, Amiens, *&c.*

C'eſt par la même raiſon que les Arrêts ont jugé que dans les terres où il y a une chapelle, qui eſt une des dépendances de la terre, les vaſes ſacrés, ornemens & autres choſes qui y ſervent à la célébration du Service Divin, devoient être réputés immeubles, comme y étant pour perpétuelle demeure & ſervant à compléter cette partie de la terre, qui ne ſeroit pas chapelle ſans ces choſes qui ſervent à y célébrer le Service Divin. La Coutume d'Amiens en a une diſpoſition.

Il faut décider autrement, dans le cas auquel un Seigneur a obtenu pour cauſe d'infirmité, la permiſſion de l'Evéque de faire célébrer la Meſſe dans ſon hôtel à Paris; le lieu où on la célébre n'étant pas établi chapelle pour toujours, les vaſes ſacrés & ornemens qui ſervent pour la célébration de la meſſe, ne ſont pas dans l'hôtel pour perpétuelle demeure, & ſont de purs meubles.

### Cinquieme Regle.

62. Les choſes attachées à une maiſon, qui en ſont partie, continuent d'en faire partie lorſqu'elles en ſont détachées, tant qu'elles ſont deſtinées à y être replacées; mais celles qui n'ont pas encore fait partie de la maiſon, quoiqu'elles ſoient deſtinées à y être attachées & à en faire partie, & qu'elles aient déja été apportées pour cet effet dans la maiſon, ne commencent à en faire partie que lorſqu'elles y ont été attachées comme elle doivent l'être: *ea quæ ex ædificio detracta ſunt ut reponantur, ædificii ſunt: at quæ parata ſunt ut imponantur, non ſunt ædificium;* *d.* L. 17, §. 10.

*Quod insulæ causâ paratum est, si nondum perfectum, quamvis positum in ædificio sit, non tamen videtur ædium esse ; d.* L. 17, § 5 ; *Adde*, L. 18, §. 1, ff. *de tit.*

Suivant cette regle, si une maison a été incendiée ou est tombée de vieillesse, les matériaux qui en restent, conservent leur qualité d'immeubles, tant qu'ils peuvent paroître destinés à la reconstruction de la maison ; mais lorsque le propriétaire paroît avoir abandonné le dessein de reconstruire sa maison, ces matériaux séparés du sol, sont choses meubles.

### Sixieme Regle.

63. Les choses attachées ou non attachées à une maison, qui seroient censées en faire partie si elles y avoient été mises par le propriétaire, ne sont pas censées en faire partie lorsqu'elles y ont été mises par un usufruitier ou un fermier, lesquels, ou leurs héritiers, ont le droit de les détacher & de les emporter à la fin de l'usufruit ou du bail.

La raison est que l'usufruitier ou le fermier est censé ne les avoir placées que pour le temps de son usufruit ou de son bail ; c'est une conséquence de la premiere regle.

Cette regle souffre exception à l'égard des clefs ; celles que l'usufruitier ou le locataire d'une maison a fait faire pour cette maison, font partie de cette maison ; & le locataire, de même que les héritiers de l'usufruitier, ne peuvent, après la fin du bail ou de l'usufruit, les retenir, & ils sont tenus de les remettre au propriétaire, personne ne pouvant avoir droit de retenir les clefs d'une maison qu'il n'a plus le droit d'habiter. Le locataire a seulement en ce cas le droit de répéter du propriétaire le prix de ces clefs, s'il l'avoit mis en demeure de les lui fournir.

A l'égard des choses attachées à fer & à clou que le fermier ou usufruitier qui les a placées dans une maison, a droit d'enlever, observez que le propriétaire a droit de les retenir, en offrant de récompenser ledit fermier ou usufruitier, du prix qu'elles valent.

64. Toutes les choses qui, selon les regles que nous venons d'établir, sont censées faire partie d'un fonds de terre ou d'une maison, n'étant point considérées *in se* & comme choses meubles, mais comme ne faisant qu'un seul & même tout, & une seule & même chose avec le fonds de terre ou la maison dont elles font partie, elles ne peuvent entrer dans la communauté légale, à moins que le fonds de terre ou la maison dont ils font partie, ne fût un conquêt.

65. Outre les choses qui font partie d'un fonds de terre ou d'une maison, il y a encore certaines choses, qui, quoiqu'étant considérées *in se*, sont choses meubles, sont néanmoins réputées immeubles comme étant l'accessoire d'un droit immobilier avec lequel elles sont censées ne faire qu'un seul tout & une même chose,

Tels sont les moulins assis sur bateaux lorsqu'ils sont bannaux : quoique ces bateaux *in se* soient choses meubles, comme nous l'avons vu *suprà n.* 36, néanmoins étant l'accessoire d'un droit de bannalité, qui est un droit immobilier, ils sont réputés immeubles ; c'est ce nous apprenons d'une note de

Dumoulin sur *l'article* 282 de la Coutume de Bourbonnois, qui dit que *moulins assis sur bateaux* sont censés meubles : *scilicet*, dit Dumoulin, en sa note, *quando sunt liberæ facultatis, secùs si annexum habeant jus servitutis, & alii teneantur ibi molituram facere.* La Coutume de Tours, *art.* 221, en a une disposition.

## §. II.

### *Des meubles incorporels.*

66. Les choses incorporelles qui sont êtres moraux *quæ in jure consistunt* ne sont pas proprement susceptibles de la qualité de meubles, ni de la qualité d'immeubles ; car ces choses ne subsistant que dans l'entendement, & ne pouvant être dans aucun lieu, on ne peut pas dire, ni qu'elles sont transportables d'un lieu à un autre, ni qu'elles ne peuvent changer de lieu.

Néanmoins notre Droit François ayant distribué les biens, c'est-à-dire, toutes les choses que nous avons *in bonis*, en biens meubles & en biens immeubles, il a fallu assigner les choses incorporelles que nous avons *in bonis*, à l'une ou à l'autre de ces deux classes de biens.

Pour connoître quelles sont les choses incorporelles qui entrent en qualité de biens mobiliers dans la communauté légale, il est nécessaire d'établir quelques regles, qui fassent connoître quelles sont les choses incorporelles qui sont de la classe des biens meubles, & quelles sont au contraire celles qui sont de la classe des biens immeubles.

#### Premiere Regle.

67. Les droits que nous avons à cause de quelqu'un de nos héritages, qui étant des droits de cet héritage, sont censés ne faire qu'une seule & même chose, & qu'un seul & même tout avec lui, sont droits immobiliers qui appartiennent à la classe des biens immeubles.

Tels sont tous les droits de servitudes prédiales, comme le droit de passer sur l'héritage voisin pour la commodité du nôtre ; le droit d'obliger l'héritage voisin à recevoir les eaux du nôtre, *&c.* Ces droits de servitude sont des droits qui ne nous appartiennent qu'à cause de notre héritage à qui la servitude est due ; ce sont des droits & *des qualités* de cet héritage qui ne sont qu'une seule & même chose avec lui : *quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo ;* L. 86, ff. *de verb. sig. ;* & par conséquent il ne peut être douteux qu'ils sont de la classe des biens immeubles comme l'héritage auquel ils sont attachés.

Tel est pareillement un droit de patronage réel attaché à une de nos terres : il n'est pas douteux que ne faisant qu'un seul & même tout avec la terre dont il est inséparable, il est, comme la terre, de la classe des biens immeubles.

#### Seconde Regle.

68. Les droits que nous avons dans un héritage, qu'on appelle *jus in re* ; ou droit foncier, appartiennent à la classe des biens immeubles, comme l'héritage qui en est le sujet & dans lequel nous avons ce droit.

Tels ſont les droits de directe ſeigneuriale que nous avons ſur des héritages qui relevent de nous en fief ou en cenſive ; les droits de champart & terrage ; les droits de dixmes ; les droits de rentes foncieres que nous avons ſur les héritages qui en ſont chargés ; les droits de ſervitude perſonnelle que nous avons ſur les héritages qui en ſont chargés, comme ſont les droits d'uſufruit, d'uſage, *&c.*

La raiſon eſt, que le droit que nous avons dans un héritage, le *jus in re* eſt en quelque façon l'héritage même qui eſt cenſé en quelque façon nous appartenir en partie, quant au droit que nous y avons, lequel eſt un démembrement du droit de domaine de propriété qu'en a le propriétaire ; ce droit doit donc ſuivre la nature de l'héritage & être comme lui de la claſſe des biens immeubles.

Il en eſt de même des droits qu'on a dans un territoire, tels que les droits de juſtice, de bannalité, de corvées, *&c.*

### Troisieme Regle.

69. Les droits de créance perſonnelle qui naiſſent de l'obligation qu'une perſonne a contractée envers nous de nous donner une choſe, & qu'on appelle *jus ad rem*, ſont réputés mobiliers ou immobiliers, ſuivant la nature de la choſe due qui fait l'objet du droit de créance, & dans laquelle ce droit de créance doit ſe fondre, ſe terminer & ſe réaliſer.

C'eſt pourquoi la créance d'une ſomme d'argent ou de quelqu'autre choſe meuble eſt un droit mobilier : au contraire, la créance que j'ai d'un héritage ou de quelqu'autre immeuble contre une perſonne qui s'eſt obligée de me le donner, eſt un droit immobilier. C'eſt ce qu'on exprime par cet axiome, *actio ad mobile, eſt mobilis ; actio ad immobile, eſt immobilis.*

La raiſon eſt qu'on conſidere dans un droit de créance, la choſe en laquelle elle doit ſe réaliſer, c'eſt-à-dire, celle que le créancier a droit d'eſpérer d'acquérir du débiteur, en exécution de l'obligation qu'il a contractée de la lui donner ; c'eſt en ce ſens qu'on dit : *qui actionem habet, ipſam rem habere videtur* ; L. 15, ff. *de reg. jur.*

On peut apporter une infinité d'exemples de cette regle : le contrat de vente d'un héritage nous en fournit un.

Le droit de créance qu'a le vendeur contre l'acheteur, eſt un droit mobilier, car il tend à lui faire acquérir une ſomme d'argent qui lui eſt due pour le prix de l'héritage, laquelle ſomme d'argent eſt une choſe meuble ; c'eſt donc *actio ad mobile*, & par conſéquent un droit mobilier.

Au contraire, le droit de créance qu'a l'acheteur contre le vendeur pour ſe faire donner l'héritage qui lui a été vendu, eſt un droit immobilier ; c'eſt *actio ad immobile*, puiſqu'il tend à lui faire acquérir l'héritage, qui eſt un immeuble.

70. Lorſque j'ai vendu à un marchand de bois, des arbres ſur pied qui ſont ſur mon héritage, le droit de créance qu'a cet acheteur contre moi, qui naît de l'obligation que j'ai contractée envers lui de les lui laiſſer abattre & enlever, eſt un droit mobilier ; car quoique ces arbres que je lui ai vendus, fuſſent au temps du contrat, quelque choſe d'immeuble, comme faiſant partie

partie du fonds de terre dont ils n'étoient pas encore séparés, néanmoins ne lui ayant pas vendu le fonds, son droit de créance ne tend à lui faire acquérir les arbres qu'après qu'il les aura séparés du fonds : or, aussi-tôt qu'ils en sont séparés, ils deviennent meubles ; son droit de créance ne tend donc qu'à lui faire acquérir des meubles, il doit se terminer à des meubles ; c'est donc un droit *ad mobile*, & par conséquent un droit mobilier.

71. Par la même raison, le droit de créance qu'a le fermier d'un héritage contre le locateur pour qu'il l'en fasse jouir, n'est qu'une créance d'un droit mobilier ; car le droit de ce fermier ne tend pas à lui faire acquérir l'héritage qui lui a été donné à ferme, mais seulement à lui faire avoir la faculté d'en percevoir les fruits & d'acquérir lesdits fruits par la perception qu'il en fera ; ces fruits devenant choses meubles par la perception qui s'en fait, son droit ne tend donc qu'à lui faire acquérir quelque chose de meuble : c'est *actio ad mobile*, & par conséquent un droit mobilier.

Le droit d'un fermier, qui résulte d'un simple bail à ferme, est bien différent de celui d'un usufruitier, d'un emphiteute, d'un preneur par bail à longues années ; le droit de ceux-ci est un droit dans l'héritage *jus in re*, lequel, suivant la seconde de nos regles, est un droit immobilier ; au-lieu que le droit d'un fermier, n'est qu'un droit de simple créance personnelle ; c'est ce qui paroît bien par la loi *emptorem 9, Cod. loc.* qui décide que lorsque celui qui a donné à ferme ou à loyer son héritage, l'a vendu sans charger l'acheteur de l'entretien du bail, l'acheteur n'est pas tenu de l'entretenir, & peut expulser le fermier : au-lieu que ceux qui ont un droit dans un héritage, peuvent réclamer leur droit en quelques mains que l'héritage passe, quoiqu'on n'en ait pas chargé les acquéreurs. (*Voyez notre Traité du Contrat de Louage, n.* 288).

72. Le droit de créance qui résulte d'une obligation de dommages & intérêts, en laquelle s'est convertie une obligation primitive, par son inexécution, est un droit mobilier ; car ces dommages & intérêts devant se liquider & se terminer à une somme d'argent, la créance de ces dommages & intérêts *tendit ad mobile.*

## Quatrieme Regle.

73. Lorsqu'un héritage est dû avec plusieurs choses mobilieres, quoique ce soit l'héritage qui soit le principal objet de la créance, elle n'est néanmoins immobiliere que par rapport à l'héritage : elle est mobiliere par rapport aux choses mobilieres qui sont dûes ; & elle entre, par rapport auxdites choses, dans la communauté légale.

Par exemple, si peu avant mon mariage on m'a vendu un héritage avec tous les meubles qui y sont, dont la tradition ne m'avoit pas encore été faite lors de mon mariage, la créance qui résulte de cette vente n'est immobiliere que par rapport à l'héritage ; elle est créance mobiliere par rapport aux meubles qui m'ont été vendus avec l'héritage, & elle entre en cette qualité par rapport auxdits meubles, dans la communauté légale que je contracte avec ma femme en me mariant.

Cela est conforme au principe ci-dessus cité, *qui actionem habet, ipsam*

*rem habere videtur.* Si ma créance avoit été acquittée avant mon mariage; ſi lors de mon mariage l'héritage & les meubles qui y ſont, m'euſſent déja appartenu, il n'y eût eu que l'héritage qui eût été propre de communauté; les meubles qui y ſont, ſeroient entrés dans la communauté légale; ma créance doit donc par rapport auxdits meubles y entrer, comme s'ils m'appartenoient déja.

### Cinquieme Regle.

74. Lorſque deux choſes ſont dûes, ſous une alternative, dont l'une eſt immeuble & l'autre eſt meuble, la qualité de la créance eſt en ſuſpens juſqu'au paiement; elle eſt cenſée avoir été immobiliere, ſi c'eſt l'immeuble qui eſt payé; ou mobiliere, ſi c'eſt le meuble.

Par exemple, ſi quelqu'un m'avoit légué une telle maiſon, ou la ſomme de dix mille livres; la créance qui réſulte de ce legs, qui m'étoit dû lors de mon mariage, ſera cenſée une créance mobiliere, qui comme telle eſt entrée en la communauté légale, ſi par la ſuite c'eſt la ſomme de dix mille livres qui m'eſt payée; au contraire elle ſera cenſée avoir été immobiliere, & en conſéquence propre de communauté, ſi c'eſt la maiſon qui m'eſt délivrée.

Si le teſtateur, au-lieu de laiſſer le choix à l'héritier chargé du legs, m'en avoit accordé le choix, c'eſt le choix que je ferois ou de la maiſon ou de la ſomme d'argent, qui décideroit, ſi la créance eſt mobiliere ou non, & ſi elle eſt entrée en la communauté ou non.

Voyez notre Traité des Obligations, *n.* 254.

Y a-t-il lieu en ce cas à quelque récompenſe? Voyez *infrà*, *part.* 4.

### Sixieme Regle.

75. Lorſqu'il n'y a qu'une choſe due, quoiqu'avec une faculté accordée au débiteur de payer une autre choſe à la place, c'eſt la nature de la choſe due qui regle la qualité de la créance, & non celle de la choſe qui a été payée à la place.

Par exemple, ſi quelqu'un m'a fait un legs en ces termes: » *Je legue à* » *un tel la ſomme de dix mille livres, en paiement de laquelle il ſera néan-* » *moins permis à mon héritier de lui donner une telle maiſon qui eſt de la va-* » *leur de ladite ſomme* »; la créance qui réſulte de ce legs qui m'a été fait, n'eſt pas une créance alternative de la ſomme de dix mille livres ou de la maiſon; la ſomme de dix mille livres eſt la ſeule choſe dûe; la maiſon qu'on peut me payer à la place de cette ſomme ne m'eſt pas proprement due; elle n'eſt pas *in obligatione*, elle n'eſt qu'*in facultate ſolutionis*: c'eſt pourquoi cette créance étant la créance d'une ſomme d'argent, qui eſt la ſeule choſe dûe, eſt une créance mobiliere, qui en cette qualité, ſi le legs n'étoit pas encore acquitté lors de mon mariage, entrera dans la communauté légale; & quoique par la ſuite, le débiteur m'ait donné la maiſon en paiement de cette créance, ſuivant la faculté qu'il en avoit, elle ne laiſſera pas d'être réputée avoir été une créance mobiliere, & la maiſon qui m'a été donnée en paiement appartiendra à ma communauté, comme étant donnée en paiement d'une créance qui lui appartenoit.

Pareillement, ſi le legs m'avoit été fait en ces termes : » *Je legue à un tel* » *une telle maiſon que mon héritier pourra retenir, en lui payant la ſomme de* » *dix mille livres à la place* ; » la créance qui réſulte de ce legs, n'eſt pas alternative : la maiſon eſt la ſeule choſe dûe ; la ſomme que l'héritier peut payer à la place, n'eſt qu'*in facultate ſolutionis* : cette créance étant donc la créance d'une maiſon, eſt une créance immobiliere, laquelle, ſi elle n'étoit pas encore acquittée lorſque je me ſuis marié, ſera un propre de communauté ; & ſi depuis mon mariage, l'héritier me paie la ſomme de dix mille livres à la place, ſuivant la faculté qui lui a été accordée, j'aurai remploi de cette ſomme de dix mille livres, comme ayant été reçue en paiement d'une créance qui m'étoit un propre de communauté. Voyez notre Traité des Obligations, *n.* 244.

### Septieme Regle.

76. La créance d'une ſomme d'argent ou autre choſe mobiliere, quoiqu'elle ſoit accompagnée d'un droit d'hypotheque même ſpéciale ſur quelque héritage du débiteur, ne laiſſe pas d'être un droit mobilier, qui comme tel, entre dans la communauté légale.

Quoique le droit d'hypotheque étant un droit dans l'héritage hypothéqué *jus in re*, à ne le conſidérer qu'en lui-même, pût paroître être de nature immobiliere, néanmoins ce droit d'hypotheque n'étant qu'un acceſſoire de la créance perſonnelle à laquelle il eſt attaché, lorſque cette créance eſt par elle-même mobiliere, le droit d'hypotheque ne peut pas la rendre immobiliere ; car ce n'eſt pas de la choſe acceſſoire que la choſe principale doit ſuivre la nature, c'eſt au contraire l'acceſſoire qui ſuit la choſe principale, *acceſſorium ſequitur principale* : d'où il ſuit que les créances de choſes mobilieres, quoiqu'hypothécaires, ne laiſſent pas de tomber comme droits mobiliers dans la communauté légale, & elles y entrent avec tous les droits d'hypotheque dont elles ſont accompagnées, ſuivant la regle *acceſſorium ſequitur principale.*

### Huitieme Regle.

77. Pour juger ſi un droit de créance perſonnelle eſt mobilier ou immobilier, & s'il doit en conſéquence entrer ou non dans la communauté légale, on ne conſidere que la choſe qui en eſt l'objet, c'eſt-à-dire, la choſe due, & on n'a aucun égard à la cauſe d'où le droit de créance procede.

Cette maxime eſt la contradictoire d'une que Lebrun a haſardée en ſon Traité de la Communauté, *liv.* 1, *ch.* 5. Cet Auteur avance que la créance d'une ſomme d'argent qui appartient à l'un des conjoints lors de leur mariage, n'entre point dans la communauté légale, lorſqu'elle a pour cauſe le prix de quelque immeuble dont ce conjoint a diſpoſé avant ſon mariage ; parce qu'elle repréſente en quelque façon cet héritage, qui ne ſeroit point entré en communauté, ſi on n'en eût pas diſpoſé.

Suivant ce principe, Lebrun décide que lorſque l'un des conjoints a vendu avant ſon mariage un héritage, la créance du prix qui lui en eſt dû lors de ſon mariage, ne doit pas entrer dans la communauté. Suivant le même principe, il décide que la créance qu'auroit l'un des conjoints, lors de ſon ma-

riage, contre ſon tuteur; pour raiſon de ſes principaux de rente qui ont été rembourſés par ſes débiteurs à ſon tuteur, n'entre pas dans la communauté.

Il décide encore, ſuivant le même principe que la créance d'une ſomme de deniers due à l'un des conjoints lors de ſon mariage, pour le retour d'un partage d'immeubles qu'il avoit fait avant ſon mariage avec ſes cohéritiers, n'entre pas dans la communauté. Lebrun, pour établir ſon principe, ſe fonde ſur ce qui s'obſerve à l'égard du paſſif de la communauté, où on a effectivement égard quelquefois à la cauſe d'où procede la dette paſſive d'un conjoint, pour décider ſi la communauté en doit être chargée, comme nous le verrons *infrà, ſection II*; mais on n'en peut tirer aucune conſéquence pour l'actif, comme nous le ferons voir *dicto loco.*

Ce principe de Lebrun eſt contredit par ſon Annotateur, qui cite un Arrêt qui a jugé, contre le principe de Lebrun, que la créance d'une ſomme d'argent due à l'un des conjoints pour retour d'un partage d'immeubles fait avant le mariage, étoit entrée dans la communauté légale; lequel eſt rapporté par Louis, ſur *l'art.* 254 de la Coutume du Maine.

Renuſſon, en ſon Traité de la Communauté, *p.* 1, *ch.* 3, *n.* 15, rapporte le même Arrêt, & en ſuit la déciſion.

En établiſſant la fauſſeté du principe de Lebrun, nous établiſſons notre huitieme regle, qui n'eſt autre choſe que la propoſition contradictoire de ce principe.

### Neuvieme Regle.

78. La créance d'une ſomme d'argent qu'a l'un des conjoints lorſqu'il ſe marie, ne laiſſe pas de tomber dans la communauté légale, quoiqu'elle ſoit un propre fictif pour le cas de ſa ſucceſſion.

Cette regle eſt fondée ſur le principe, que les fictions n'ont d'effet que pour le cas pour lequel elles ſont établies, *fictio non operatur ultra caſum*; en conſéquence les créances de ſommes d'argent & autres droits mobiliers, qui ont pour quelque cas la qualité de propre fictif, ſont hors le cas de cette fiction, conſidérées pour ce qu'elles ſont dans la vérité, & par conſéquent comme droits mobiliers, qui en cette qualité doivent entrer dans la communauté légale.

On peut apporter pour premier exemple de cette regle, la créance d'une ſomme d'argent due à un mineur pour le prix de ſa part dans un héritage qu'il a licité avec ſes cohéritiers; quoique cette créance, ſi elle ſe trouvoit dans la ſucceſſion de ce mineur décédé en minorité, dût, ſuivant le principe de *l'art.* 94 de la Coutume de Paris, y être regardée comme un propre de la ligne dont procédoit l'héritage licité, à l'effet d'appartenir à l'héritier aux propres de cette ligne, à l'excluſion de l'héritier au mobilier du mineur; néanmoins hors le cas de la ſucceſſion de ce mineur, qui eſt le ſeul cas pour lequel la fiction a été établie, cette créance doit être conſidérée telle qu'elle eſt dans la vérité; c'eſt-à-dire, comme créance mobiliere; & en conſéquence lorſque le mineur ſe marie, elle doit en cette qualité de créance mobiliere, entrer dans la communauté légale.

79. On peut apporter pour ſecond exemple la créance d'une ſomme d'argent due à un enfant en ſa qualité d'héritier de ſa mere, pour la repriſe des

deniers dotaux de ſa mere, laquelle par ſon contrat de mariage les avoit ſtipulés propres à elle, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne. Quoique cette créance ſoit un propre fictif conventionnel pour le cas de la ſucceſſion de cet enfant, à l'effet que ſi cette créance eſt trouvée dans ſa ſucceſſion, les héritiers aux propres maternels y doivent ſuccéder comme à un propre maternel, à l'excluſion du pere héritier au mobilier; cela n'empêche pas cette créance d'être hors le cas de la fiction, conſidérée telle qu'elle eſt dans la vérité, c'eſt-à-dire, comme un droit mobilier, laquelle en conſéquence, lorſque cet enfant ſe marie, doit entrer en la communauté légale.

80. Si les deniers dotaux avoient été ſtipulés propres *quant à tous effets, même quant à la diſpoſition*, cette clauſe empêcheroit-elle la créance de la repriſe de ces deniers dotaux, d'entrer dans la communauté légale, lorſque l'enfant à qui elle appartient, ſe mariera? Non: la raiſon eſt que les propres conventionnels ne peuvent être réputés tels que vis-à-vis les perſonnes qui ont été parties à la convention qui les a formés, ſuivant ce principe de Droit, *animadvertendum ne conventio in alia re aliave perſonâ facta, in alia re perſonâve noceat*; L. 27, §. 4, ff. *de pact.*

La créance qu'a l'enfant dans cette eſpece pour la repriſe de ſes deniers dotaux eſt bien un propre même de diſpoſition vis-à-vis de ſon pere, à l'effet qu'il n'en puiſſe diſpoſer au profit de ſon pere pour une plus grande part, que celle dont on peut diſpoſer d'un propre, parce que ſon pere étoit partie à la convention du contrat de mariage qui a formé ce propre. Mais la femme que cet enfant, créancier de cette repriſe, épouſe, n'ayant pas été partie à la convention, la créance de cette repriſe ne peut paſſer vis-à-vis d'elle pour un propre; elle n'eſt vis-à-vis d'elle qu'une pure créance mobiliere qui doit entrer dans leur communauté légale.

## Dixieme Regle.

81. Les rentes conſtituées ſont, ſelon la Coutume de Paris & le Droit commun, réputées immeubles.

Lorſque ces rentes ſe conſtituoient par forme d'aſſiette ſur un héritage duquel le conſtituant ſe déſaiſiſſoit juſqu'à concurrence de la rente, au profit de celui à qui elles étoient conſtituées, ces rentes étant alors un droit que le créancier de la rente avoit dans l'héritage ſur lequel elle étoit conſtituée, il ne pouvoit alors être douteux que ces rentes devoient être aſſignées à la claſſe des biens immeubles, ſuivant la ſeconde de nos regles. Mais depuis que ces rentes n'ont plus été regardées que comme une créance perſonnelle, que le créancier de la rente a contre celui qui s'en eſt conſtitué le débiteur envers lui; depuis que ces rentes ſe conſtituent ſans aſſignat ſpécial ſur aucun héritage, & même par des perſonnes qui n'en poſſedent aucun; & que même, lorſqu'elles ſont conſtituées avec un aſſignat ſpécial ſur un certain héritage, cet aſſignat n'eſt regardé que comme un droit d'hypotheque ſpéciale, qui n'eſt qu'un droit acceſſoire à la créance perſonnelle, dans laquelle conſiſte la rente. On a beaucoup agité la queſtion, ſi les rentes ne devoient plus être aſſignées qu'à la claſſe des biens meubles, ou ſi elles devoient être encore aſſignées à celle des immeubles.

La raiſon pour les aſſigner à la claſſe des meubles, eſt fort ſimple : une rente conſtituée, dit-on, dans la vérité & la réalité des choſes, n'eſt autre choſe que la créance d'autant de ſommes d'argent qu'il courra d'années depuis la création de la rente juſqu'au rachat ; par conſéquent une créance de choſes meubles, rien n'étant plus meuble que des ſommes d'argent ; par conſéquent un droit mobilier, ſuivant la regle, *actio ad mobile eſt mobilis.*

Au contraire, pour aſſigner les rentes conſtituées à la claſſe des biens immeubles, ont dit qu'une rente conſtituée ne doit pas être conſidérée ſimplement comme la créance des arrérages qui en doivent courir juſqu'au rachat; mais comme un être moral & intellectuel diſtingué par l'entendement de ces arrérages qui ſont plutôt les fruits que produit la rente, qu'ils ne ſont la rente même ; puiſque le créancier les perçoit ſans entamer ni diminuer l'intégrité de la rente. Cet être moral, dans lequel on fait conſiſter la rente conſtituée, a paru par le revenu annuel & perpétuel qu'il produit, reſſembler aux biens immeubles, & devoir, *pour cet effet*, être mis dans la claſſe des biens immeubles.

On oppoſera peut-être que la raiſon tirée de ce que les arrérages d'une rente conſtituée ſe perçoivent ſans rien diminuer ni entamer du fonds de la rente, n'eſt pas ſuffiſante pour faire déclarer immeuble la rente; car la perception qui ſe fait des intérêts que produit la créance d'une ſomme d'argent exigible, qui eſt de nature à en produire, telle qu'eſt celle d'une ſomme dûe par un acheteur pour le prix d'un héritage qui lui a été vendu, ſe fait pareillement ſans entamer le principal de cette créance qui n'en eſt pas moins un bien meuble.

La réponſe eſt qu'il y a une grande différence, entr'une rente conſtituée, & la créance d'une ſomme exigible qui produit des intérêts ; ce qui fait le principal de celle-ic, eſt la ſomme principale qui eſt dûe, dont les intérêts ne ſont que les acceſſoires; cette créance ayant pour objet principal une ſomme d'argent qui eſt dûe, *tendit ad mobile*, & eſt par conſéquent un bien mobilier, ſuivant la troiſieme regle ci-deſſus.

On ne peut pas dire de même, que le principal d'une rente conſtituée ſoit la créance d'aucune ſomme d'argent, diſtinguée des arrérages de la rente ; car on ne peut pas dire que la rente ſoit la créance de la ſomme pour laquelle elle a été conſtituée, & pour laquelle elle peut être rachetée; la créance d'une ſomme eſt le droit de l'exiger : le créancier d'une rente conſtituée n'ayant pas le droit d'exiger la ſomme pour laquelle elle peut être rachetée, il s'enſuit que la rente conſtituée n'eſt pas la créance de cette ſomme; cette ſomme n'eſt qu'*in facultate luitionis* ; elle eſt l'objet d'un droit qu'a le débiteur de ſe libérer de la rente par le paiement de cette ſomme ; elle n'eſt pas l'objet d'aucun droit de la part du créancier ; le droit qui fait le principal d'une rente conſtituée, n'a donc pour objet aucune ſomme d'argent, ni aucune autre choſe qui rende mobiliere la nature de ce droit : ce droit n'eſt autre choſe qu'un être moral qui produit des arrérages, qui en ſont les fruits civils ; en quoi il eſt ſemblable aux héritages, qui, comme lui, produiſent un revenu annuel & perpétuel, & qui n'en differe qu'en ce

qu'il n'eſt qu'un être moral, & que les héritages ont un être phyſique.

La Coutume de Paris a embraſſé cette derniere opinion : elle dit en l'article 94 : *Rentes conſtituées à prix d'argent ſont réputées immeubles juſqu'à ce qu'elles ſoient rachetées.*

Il étoit inutile d'ajouter, *juſqu'à ce qu'elles ſoient rachetées :* car une rente conſtituée ceſſant d'exiſter, lorſqu'elle eſt rachetée, il eſt évident qu'elle ne peut plus être immeuble, le néant n'étant ſuſceptible d'aucune qualité ; & il n'eſt pas moins évident que les deniers qui ſont provenus du rachat, ſont meubles.

Il n'importe, pour qu'une rente conſtituée ſoit immeuble, qu'elle ſoit accompagnée d'hypotheque ou non, ni par quelle eſpece d'acte elle ait été conſtituée ; elle ne laiſſe pas d'être réputée immeuble, quoiqu'elle ait été conſtituée par un ſimple billet ſous ſignature privée ; la Coutume à cet égard ne fait aucune diſtinction.

82. C'eſt le principal de la rente, que la Coutume déclare immeuble, c'eſt-à-dire *cet être moral* diſtingué par l'entendement des arrérages qu'il produit ; à l'égard des arrérages, ils ſont meubles à meſure qu'ils naiſſent, & ils naiſſent tous les jours, & forment tous les jours une créance mobiliere de la 365^e^. partie de la ſomme qui eſt dûe par chacun an, ſauf que dans les années biſſextiles, le jour intercalaire n'eſt pas compté. Il eſt vrai que ces arrérages de chaque jour ne ſont exigibles qu'au jour du terme auquel la rente eſt payable ; mais quoiqu'ils ne ſoient pas encore exigibles, ils ne laiſſent pas d'exiſter & d'être dus ; c'eſt pourquoi lorſque le créancier d'une rente ſe marie, tout ce qui a couru d'arrérages de ſa rente juſqu'au jour de la bénédiction nuptiale, entre comme meuble dans la communauté légale, quoique le terme ne fût pas encore échu. Quant à ceux à écheoir, à meſure qu'ils naîtront pendant que durera ſa communauté, ils y tomberont non-ſeulement comme meubles, mais comme fruits.

83. Quoique le principal d'une rente conſtituée ſoit *ex accidenti*, devenu exigible, *putà* par le décret de quelqu'héritage hypothéqué à la rente, ou faute par le débiteur d'avoir exécuté les clauſes du contrat de conſtitution, la rente ne laiſſe pas de continuer d'être immeuble ; *nec obſtat* que les créances d'une ſomme d'argent exigible ſont choſes meubles, ſuivant la regle troiſieme ; car la rente n'eſt pas pour cela *in ſe*, la créance d'une ſomme d'argent exigible ; elle n'eſt toujours *in ſe* que la créance d'une rente ; ce n'eſt qu'*ex accidenti & ex cauſâ extrinſecâ*, que le créancier de la rente a le droit de contraindre le débiteur au rachat de la rente, & au paiement de la ſomme pour laquelle elle a été conſtituée.

On inſiſtera & on dira ; je veux bien que dans ce cas la rente *in ſe*, continue d'être immeuble ; mais le droit qu'a le créancier d'exiger le rembourſement de la ſomme pour laquelle elle a été conſtituée, eſt un droit qui eſt dans ſes biens, & qui ſelon la troiſieme regle, eſt un droit mobilier, puiſque *tendit ad mobile* ; ce droit doit donc en ſa qualité de bien meuble tomber dans la communauté légale du créancier à qui il appartient, & par ce moyen, la rente tombera indirectement dans la communauté légale.

Je réponds que ce droit qu'a le créancier d'exiger le rembourſement de

ſa rente, étant un droit qu'il n'a qu'à cauſe de la rente, ce droit étant un droit qui eſt un accident & un acceſſoire de la rente, on ne doit pas examiner quelle eſt la nature de ce droit conſidéré *in ſe* ; il ſuffit que ce droit ſoit un droit que le créancier n'a qu'à cauſe de ſa rente, & qui eſt un acceſſoirre de la rente, pour qu'il ne puiſſe entrer dans la communauté légale du créancier, qu'autant que la rente y entreroit, ſuivant la regle, *acceſſorium ſequitur principale.*

84. La Coutume d'Orléans, *art.* 191 & 351, a ſuivi ſur la nature des rentes conſtituées, la diſpoſition de la Coutume de Paris ; la Juriſprudence l'a adoptée pour les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

On s'eſt d'autant plus volontiers porté à embraſſer cette opinion, que ces rentes ſont devenues très-communes, & qu'elles compoſent tout le patrimoine de pluſieurs familles.

Il y a néanmoins encore pluſieurs Coutumes qui mettent les rentes conſtituées dans la claſſe des biens meubles, comme Rheims, *art.* 18 ; Troyes, *art.* 66, *&c.* Quelques-unes les regardent comme immeubles, lorſqu'elles ont été réaliſées, nanties & hypothéquées par nantiſſement de fait ; *Chauny*, *art.* 6.

Il n'eſt pas hors de propos d'obſerver que quoique la Coutume de Blois paroiſſe être du nombre de celles qui mettent les rentes conſtituées dans la claſſe des biens meubles, puiſqu'elle dit, *art.* 157 : » Rentes foncieres & » volantes *&c.* ſont réputées héritages ; . . . ſinon que leſdites rentes ſuſ- » ſent rachetables ; auquel cas tant que le réméré durera, ſeront réputées » & ſe partiront comme meubles ; » néanmoins les Officiers, Avocats, Procureurs de Blois, de Châteaudun & autres villes régies par cette Coutume, atteſtent que cette diſpoſition de leur Coutume n'eſt pas obſervée, & que les rentes conſtituées, quoiqu'elles ne puiſſent être conſtituées ſans faculté de rachat perpétuel, ſont réputées immeubles, de même que dans la Coutume de Paris. Cette inobſervation de l'*art.* 157 de la Coutume de Blois eſt très-ancienne, car Tronçon dans ſon Commentaire ſur la Coutume de Paris, imprimé en l'année 1652, *ſur l'art.* 94, atteſte pareillement avoir oui dire la même choſe aux Officiers de Blois.

85. Dans la diverſité de Coutumes ſur la nature des rentes, c'eſt celle du lieu du domicile du créancier de la rente, qui doit décider ſi elle doit être réputée meuble ou immeuble ; car une rente conſtituée étant un droit perſonnel, & qui n'a aucune ſituation, elle ne peut être régie que par la loi qui régit la perſonne à qui elle appartient.

Ce principe ſouffre une exception à l'égard des rentes dues par le Roi ; on a donné à ces rentes une ſituation feinte qui eſt le lieu où eſt établi le Bureau de paiement des arrérages deſdites rentes, & elles ſont en conſéquence régies par la loi du lieu où eſt le Bureau : c'eſt pourquoi les rentes ſur l'Hôtel-de-ville de Paris ſont, conformément à la Coutume de Paris, réputées biens immeubles, quand même les créanciers à qui elles appartiennent, auroient leur domicile dans un lieu dont la loi répute meubles les rentes.

Les autres rentes ſont régies par la loi du domicile du créancier ; quand même elles ſeroient créées avec un aſſignat ſpécial ſur quelqu'héritage, ce

ne

ne ſeroit pas en ce cas la loi du lieu où eſt ſitué l'héritage ſur lequel la rente eſt aſſignée, qui régiroit la rente; car cet aſſignat n'eſt qu'un acceſſoire de la rente.

On ne conſidere pas non plus quelle eſt la loi du domicile du débiteur; car la rente n'étant *un bien* que dans la perſonne du créancier à qui elle appartient, ce ne peut être que la loi qui régit la perſonne du créancier, qui doit régler ſi elle eſt *un* BIEN *meuble* ou *un* BIEN *immeuble*.

86. Les rentes conſtituées étant meubles ou immeubles, ſuivant que la loi du lieu du domicile du créancier à qui elles appartiennent, les répute meubles ou immeubles, que doit-on décider, lorſqu'une rente appartient à pluſieurs perſonnes, dont les unes demeurent ſous une Coutume qui répute les rentes meubles, & les autres demeurent ſous une Coutume qui les répute immeubles? Les rentes étant des droits diviſibles, il n'y a aucun inconvénient à décider que la rente en ce cas ſera réputée immeuble pour les parts de ceux des propriétaires qui demeurent ſous des Coutumes qui les réputent immeubles, & qu'elle ſera réputée meuble pour les parts de ceux qui demeurent ſous des Coutumes qui les réputent meubles.

87. Lorſque la propriété d'une rente conſtituée appartient à une perſonne, & l'uſufruit de cette rente à une autre, c'eſt la loi du lieu du domicile du propriétaire, qui regle la nature de la rente; on ne doit pas conſidérer celle du domicile de l'uſufruitier. C'eſt pourquoi, ſi un Pariſien a l'uſufruit d'une rente, dont la propriété appartient à une perſonne domiciliée ſous la Coutume de Rheims qui les répute meubles, le droit d'uſufruit qu'a le Pariſien, n'eſt qu'un droit mobilier; *Vice verſâ*, ſi c'étoit le Pariſien qui fût le propriétaire, & le Rhemois l'uſufruitier, le droit d'uſufruit du Rhemois ſeroit un droit immobilier.

88. Lorſque le créancier d'une rente conſtituée transfere ſon domicile d'un lieu dont la loi réputoit meubles les rentes, dans un autre lieu dont la loi les répute immeubles, la rente change de nature; de meuble qu'elle étoit, elle devient immeuble. Il faut décider la même choſe, *vice verſâ*.

Obſervez que lorſqu'une rente eſt, en qualité de bien meuble, entrée dans la communauté légale du créancier, qui lors de ſon mariage avoit ſon domicile ſous une Coutume qui répute meubles les rentes, cette rente continue de demeurer dans cette communauté, quoique cette rente ſoit devenue immeuble par la tranſlation du domicile du créancier, ne devant pas être au pouvoir du mari, en changeant de domicile, de priver ſa communauté d'un bien qui lui a été acquis.

*Vice verſâ*: Si le créancier de la rente lors de ſon mariage avoit ſon domicile ſous une Coutume qui répute immeubles les rentes, la rente n'entrera pas dans la communauté, quoique durant le mariage elle ſoit devenue meuble, par la tranſlation de domicile du créancier dans une Coutume qui répute meubles les rentes; autrement ce créancier par la tranſlation de domicile, avantageroit à ſes dépens la communauté & l'autre conjoint; ce qui ne lui doit pas être permis.

89. Lorſqu'un Pariſien va prendre femme dans une Province dont la loi répute meubles les rentes, *putà* à Troyes, & qu'il l'y épouſe ſans paſſer

de contrat de mariage, dans le deſſein de l'emmener à Paris, les rentes qui appartiennent à cette femme, tombent-elles dans la communauté légale? Non; car quoique les rentes qui appartiennent à cette femme, fuſſent auparavant ſon mariage des biens meubles, ſuivant la Coutume de Troyes, par laquelle ſa perſonne & ſes droits perſonnels ont été régis juſqu'à l'inſtant de ſon mariage, elles ont ceſſé de l'être, & elles ſont devenues immeubles, conformément à la Coutume de Paris, dès l'inſtant du mariage, & n'ont pu par conſéquent tomber dans la communauté légale qui a commencé dans ce temps.

La raiſon eſt, que la femme ayant dès cet inſtant, paſſé ſous la puiſſance de ſon mari, elle a dès cet inſtant commencé à n'avoir pour domicile que celui de ſon mari; & par conſéquent ſa perſonne & ſes droits perſonnels, tels que ſes rentes, ont dès cet inſtant ceſſé d'être régies par la Coutume de Troyes, & ont commencé à l'être par la Coutume de Paris.

*Vice verſâ*: Lorſqu'un Troyen vient prendre femme à Paris, pour l'emmener à Troyes, les rentes de cette Pariſienne deviennent à l'inſtant de ſon mariage biens meubles, & entrent en cette qualité dans la communauté légale qui ſe forme en ce temps, parce que dès cet inſtant la femme, avec les droits attachés à ſa perſonne, devient ſoumiſe à la loi de Troyes, qui eſt celle du domicile de ſon mari, qui, par le mariage, eſt auſſi devenu le ſien.

90. Paſſons aux rentes viageres. Dans les Coutumes où les rentes conſtituées, quoique perpétuelles, ſont un bien meuble, les viageres le ſont à plus forte raiſon. Ce n'eſt que dans les Coutumes qui réputent immeubles les rentes conſtituées qui ſont perpétuelles, qu'il peut y avoir lieu à la queſtion, ſi les viageres y ſont auſſi un bien immeuble, ou ſi elles ne ſont qu'un bien meuble? Voici les raiſons qu'on apporte de part & d'autre.

Ceux qui ſoutiennent meubles les rentes viageres, diſent que la principale raiſon qui a fait regarder les rentes perpétuelles comme un être moral diſtingué des arrérages qu'il produit, & comme immeuble, eſt parce que les arrérages s'en perçoivent ſans diminuer ni entamer ſon intégrité: mais il n'en eſt pas de même d'une rente viagere, elle ſe conſomme par parties à meſure que les années de la vie de la perſonne ſur la tête de qui elle eſt conſtituée, s'écoulent, & que les arrérages s'en perçoivent, & elle s'éteint enfin entiérement par la mort de cette perſonne & par la perception des arrétages de la derniere année de ſa vie: ce ſont donc ces arrérages qui forment tout le fonds & l'être entier de la rente viagere, qui n'eſt en conſéquence que la créance d'autant de certaines ſommes d'argent, qu'il y aura d'années de la vie de la peſonne ſur la tête de qui elle eſt conſtituée, & par conſéquent une créance mobiliere & un bien meuble.

Ceux qui ſoutiennent immeubles les rentes viageres, diſent que les Coutumes qui déclarent immeubles les rentes conſtituées, les réputent telles par une fiction qui ſuppoſe dans ces rentes un être moral & intellectuel, diſtingué par l'entendement des arrérages qu'elles produiſent, quoique ces rentes, même celles qui ſont perpétuelles, ne ſoient, dans la vérité, autre choſe que la créance des arrérages qui ne courront juſqu'à leur rachat: or cette fiction s'applique pareillement aux rentes viageres; on peut pareille-

ment feindre & ſuppoſer dans ces rentes un être moral & intellectuel, diſtingué par l'entendement des arrérages qui ſont regardés comme les fruits civils deſdites rentes, lequel être intellectuel ne differe de celui qu'on ſuppoſe dans les rentes perpétuelles, qu'en ce que celui-ci eſt un être perpétuel qui doit toujours ſubſiſter juſqu'au rachat ; au-lieu que celui qu'on ſuppoſe dans les rentes viageres, eſt un être périſſable, dont la durée eſt bornée au temps de la vie de la perſonne ſur la tête de qui elles ſont conſtituées. Au ſurplus, la fiction qui ſuppoſe dans les rentes, tant qu'elles ſubſiſtent, un être diſtingué des arrérages qu'elles produiſſent, n'eſt pas moins appliquable aux viageres qu'aux perpétuelles. La Coutume de Paris en déclarant immeubles les rentes conſtituées à prix d'argent, n'a pas reſtreint ſa diſpoſition aux rentes perpétuelles : elle ne dit pas, » rentes conſtituées à prix d'argent, » ( lorſqu'elles ſont perpétuelles ), ſont réputées immeubles ; » elle dit ſimplement & indiſtinctement ; » rentes conſtituées à prix d'argent ſont réputées » immeubles », ce qui comprend les viageres comme les perpétuelles : *ubi lex non diſtinguit, nec nos debemus diſtinguere.*

Par Arrêt du 4 Août 1729, rapporté par Deniſart ſur le mot *Communauté*, il a été jugé que les arrérages d'une rente viagere qui appartenoit à l'un des conjoints, étoient tombés dans la communauté comme fruits de cette rente ; ce qui confirme l'opinion que les rentes viageres devoient être conſidérées comme un être moral diſtingué des arrérages qu'il produit, & de la claſſe des biens immeubles.

## Onzieme Regle.

91. Les offices ſont réputés un bien immeuble.

Il y a trois eſpeces d'offices : la premiere eſpece eſt de ceux qui ſont en la pleine diſpoſition du Roi, auxquels il n'y a aucune finance attachée, tels que ſont les gouvernemens, les offices des commenſaux de la maiſon du Roi ; les offices de cette eſpece ne ſont pas *in bonis* ; la queſtion, ſi les offices ſont un bien meuble ou immeuble, ne peut donc avoir lieu à l'égard de ces offices, puiſqu'ils ne ſont pas un bien de celui qui en eſt revêtu.

92. La ſeconde eſpece d'office eſt celle des offices vénaux, tels que ſont les offices de Judicature, tant des Cours ſouveraines que des Sieges inférieurs ; les offices de finance, tel qu'eſt l'office d'un Receveur des tailles ; les offices des Procureurs, d'Huiſſiers, *&c.*

Obſervez qu'on conſidere deux choſes dans ces offices ; 1°. le droit d'exercer une certaine fonction publique que l'office donne à la perſonne qui y eſt reçue ; 2°. la finance attachée à l'office. Le droit d'exercer la fonction publique n'eſt pas ce qui eſt dans le commerce, & ſur quoi tombe la queſtion.

La finance de l'office conſiſte dans une ſomme d'argent qui a été payée au Roi pour les beſoins de l'Etat, lors de la création de l'office, & dont il a été expédié, par le Garde du Tréſor royal, une quittance qu'on appelle *quittance de finance d'office.*

A cette finance eſt attaché le droit qu'a celui qui l'a payée ou qui eſt à ſes droits, de ſe préſenter ( ou une autre perſonne en ſa place ) au Roi

pour être pourvu de l'office. Le Roi n'eſt pas néanmoins aſtreint à accorder des proviſions à la perſonne qui lui eſt préſentée ; il peut les refuſer ſans être tenu de dire les cauſes de ſon refus, ſauf au propriétaire à préſenter une autre perſonne. Lorſque le Roi n'a aucune cauſe de refus, il accorde les proviſions de l'ofice à la perſonne qui lui eſt préſentée, ſous la condition qu'elle ſera jugée capable par la Cour ou Juriſdiction à qui les proviſions ſont adreſſées : lorſqu'après un examen elle a été trouvée capable, elle eſt reçue dans l'office. C'eſt par rapport à cette finance de l'office, que les offices vénaux ſont dans le commerce, & qu'ils ſont un bien des particuliers qui les acquierent. Cette eſpece de biens étant très-extraordinaire, il étoit incertain à laquelle des deux claſſes de biens on l'aſſigneroit ; ſi ce ſeroit à celle des biens meubles ou à celle des biens immeubles : on s'eſt déterminé à les mettre dans la claſſe des biens immeubles.

La Coutume de Paris, *art.* 95, en a une diſpoſition ; elle dit : *office vénal eſt réputé immeuble* : la Coutume d'Orléans, *art.* 485, dit la même choſe.

Ces Coutumes, en déclarant immeubles les offices, leur avoient néanmoins laiſſé quelque choſe qui tenoit de la nature des meubles, en diſant que lorſqu'ils étoient vendus par décret, le prix devoit en être diſtribué au ſol la livre, comme celui des biens meubles ; mais l'Edit du mois de Mars 1683 a rendu immeubles les offices quant à tous effets, en ordonnant que le prix s'en diſtribueroit par ordre d'hypotheque, comme celui des immeubles.

93. Obſervez qu'il a certains offices, tels que ceux de Notaire & de Procureur, auxquels il y a ordinairement une pratique annexée.

On appelle *la pratique*, toutes les dettes actives de l'Etude, c'eſt-à-dire, les créances de Notaire, pour raiſon des actes qu'il a paſſés ; celles de Procureur, pour raiſon des inſtances qu'il a pourſuivies.

Lorſque l'Officier ſe marie, quoique ſon office étant un bien immeuble, n'entre pas dans la communauté légale, *la pratique* ne laiſſe pas d'y entrer ; car cette pratique qui eſt compoſée de différentes créances de ſommes d'argent contre différens particuliers, eſt un bien mobilier.

On oppoſera peut-être que la pratique d'un office eſt un acceſſoire de l'office, qui doit ſuivre l'office. La réponſe eſt qu'il eſt faux que la pratique d'un office ſoit un pur acceſſoire de l'office ; c'eſt un bien qui eſt diſtingué de l'office, puiſqu'il peut en être ſéparé, & qu'on peut vendre l'office à une perſonne & la pratique à une autre.

94. La troiſieme eſpece d'offices, eſt celle des offices qu'on appelle *domaniaux*, parce qu'ils appartiennent au domaine du Roi, & ont été engagés moyennant une certaine finance ; ils conſiſtent dans le droit qu'a le propriétaire engagiſte d'exercer cette fonction ou par lui-même, s'il en eſt capable, en ſe faiſant recevoir dans l'office, ou par un commis qu'il fait recevoir, & à qui il donne l'office à ferme, ou qui lui en compte de Clerc à Maître. La plupart des Greffes ſont des offices de cette nature. Ces offices ſont auſſi réputés immeubles.

### Douzieme Regle.

95. Les privileges de Perruquier ſont une eſpece de biens réputés immeubles.

Cette regle eſt fondée ſur la reſſemblance de cette eſpece de biens avec les offices.

Le Roi, dans les beſoins de l'Etat, a établi dans chaque ville un certain nombre de privileges de Perruquier, moyennant une certaine finance qui a été payée par ceux qui en ont été les acquéreurs: ces privileges ne ſont pas des offices, puiſqu'il n'y a aucune fonction publique qui y ſoit attachée: mais quant à leur nature de biens, ils reſſemblent aux offices, en ce que cette eſpece de biens, de même que les offices, conſiſte dans une quittance de finance qui eſt dans le commerce, & qui donne à ceux qui en ſont les propriétaires, le droit de ſe faire recevoir ou eux-mêmes, ou à leur place telle autre perſonne qu'ils jugeront à propos, maîtres Perruquiers dans la ville où le privilege eſt établi, pourvu qu'ils aient les qualités requiſes, & qu'ils aient fait le temps d'apprentiſſage; & d'y exercer le métier à l'excluſion de tous autres.

## §. III.

### *Des exceptions que ſouffre le principe qui fait entrer dans la communauté légale tous les meubles de chacun des conjoints.*

#### Premiere exception.

96. Toutes les choſes, quoique meubles, qui proviennent à l'un des conjoints durant le mariage, de ſon héritage ou autre immeuble propre de communauté, ſans en être des fruits, n'entrent point dans la communauté légale.

La raiſon de cette exception eſt qu'il n'eſt pas permis à un conjoint d'avantager & d'augmenter durant le mariage la communauté aux dépens & par la diminution de ſes propres, parce que par ce moyen il avantageroit directement l'autre conjoint; ce que ne permettent pas les loix, qui défendent tous avantages directs ou indirects entre conjoints durant le mariage.

On peut apporter pour premier exemple de notre exception le cas auquel un homme a fait abattre, durant ſon mariage, des arbres de haute futaie ſur ſon héritage ou ſur celui de ſa femme; ces arbres n'étant point *in fructu*, L. 11, ff. *de uſufr.* n'étant point cenſés faire partie des fruits & du revenu de l'héritage, n'entrent point dans la communauté légale, quoiqu'ils ſoient devenus meubles par leur ſéparation du ſol; mais comme ils proviennent d'un héritage propre ſans en être des fruits, ils appartiennent en propre à celui des conjoints ſur l'héritage duquel ils ont été coupés, qui peut lors de la diſſolution de la communauté ou les reprendre en nature, ſi on n'en a pas encore diſpoſé, ou, lorſqu'ils ont été vendus, exercer la repriſe du prix ſur les biens de la communauté qui l'a reçu.

Il en ſeroit autrement ſi les arbres avoient été coupés avant le mariage: l'exception ne concerne que les meubles qui ſont provenus *durant le mariage*, de quelqu'héritage de l'un des conjoints; ces arbres ayant appartenu au conjoint dès avant ſon mariage, & lors de ſon mariage, comme choſes meu-

bles, ne ſont pas dans le cas de l'exception, & ils entrent en qualité de biens meubles dans la communauté légale, ſans qu'on conſidere leur origine.

Il en eſt auſſi autrement d'une coupe de bois taillis qui eſt faite durant le mariage; cette coupe étant *in fructu*, entre en qualité de fruits dans la communauté légale.

97. On peut apporter pour ſecond exemple, les pierres tirées d'une carriere ouverte ſur l'héritage propre de l'un des conjoints durant le mariage.

Les Juriſconſultes Romains faiſoient à cet égard une diſtinction. Ils croyoient qu'il y avoit des carrieres où la pierre renaiſſoit à meſure qu'on en tiroit; qu'il y en avoit de telles dans les Gaules & dans l'Aſie. Ils décidoient que la pierre qu'on tiroit de ces carrieres, étoit un fruit de l'héritage; mais que dans les autres carrieres, où la pierre ne renaiſſoit pas, les pierres qu'on en tiroit, ne devoient pas être regardées comme un fruit de l'héritage, mais plutôt comme une partie du fonds même qui en étoit d'autant diminué; qu'en conſéquence, à l'exception des carrieres où la pierre renaît, les marbres que le mari avoit tirés durant le mariage, d'une carriere qu'il avoit ouverte ſur le fonds dotal de ſa femme, n'appartenoient pas au mari comme fruit, mais faiſoient partie de la dot; L. 7, §. 13, L. 8, ff. *ſol matr.*; L. 18, ff. *de fund. dot.* Obſervez que dans la Loi 7, §. 13, il faut ſuivre la correction d'Antoine Faber, & lire : *marmor non eſt mariti, & impenſa eſt ei præſtanda.*

Je laiſſe aux Naturaliſtes à décider s'il y a effectivemnt des carrieres où la pierre renaiſſe à la place de celle qu'on en a tirée : ce qu'il a y de certain, c'eſt que cela n'eſt pas ordinaire. C'eſt pourquoi on doit regarder comme une regle générale, que les pierres tirées d'une carriere qui a été ouverte durant le mariage ſur l'héritage propre de l'un des conjoints, ne doivent pas être regardées comme des frutis de cet héritage qui appartiennent à la communauté; mais comme choſes qui faiſoient partie du fonds dont elles ont été tirées, lequel en a été diminué d'autant.

Quoique la pierre ne renaiſſe pas, néanmoins il y a des carrieres ſi riches & ſi abondantes, qu'elles ſont regardées comme en quelque façon inépuiſables. Si ces carrieres étoient établies ſur l'heritage propre de l'un des conjoints dès auparavant le mariage, & que dès ce temps on regardât les pierres qu'on en tiroit, comme faiſant le revenu de l'héritage qui n'étoit pas propre à en produire d'autres, en ce cas, les pierres qu'on en tireroit pendant le mariage, pourroient être regardées comme le revenu & les fruits de l'héritage, & comme devant en cette qualité appartenir à la communauté.

98. On peut apporter pour troiſieme exemple de l'exception, le cas auquel on auroit trouvé durant la communauté un tréſor dans l'héritage propre de l'un des conjoints. Quoique ce tréſor ſoit un mobilier, le tiers qui en appartient au conjoint, en ſa qualité de propriétaire de cet héritage, ne doit point entrer dans la communauté, parce que c'eſt quelque choſe qui lui eſt provenu de ſon héritage propre, ſans en être un fruit.

A l'égard du tiers qui appartiendroit à l'un des conjoints dans le tréſor, en ſa qualité de Seigneur Haut-Juſticier, comme ayant été trouvé dans le territoire de ſa Juſtice, ce tiers appartient à la communauté comme fruit de ſon droit de Juſtice.

Il n'eſt pas douteux que le tiers qui appartient *jure inventionis*, au conjoint qui l'a trouvé durant la communauté, appartient à la communauté, de meme que toutes les choſes que chacun des conjoints requiert durant la communauté.

SECONDE EXCEPTION.

99. Les choſes mobilieres qui ſont ſubſtituées durant la communauté à quelque propre de communauté de l'un des conjoints, ſont pareillement des propres de communauté de ce conjoint.

On peut apporter pour exemple le cas auquel l'héritage propre de l'un des conjoints a été vendu durant la communauté; quoique la créance du prix qui en eſt dû à celui des conjoints qui l'a vendu durant la communauté, ſoit un bien meuble de ce conjoint, cette créance néanmoins n'appartient pas à la communauté, parce qu'elle a été durant la communauté, ſubſtituée à ſon héritage propre par la vente qu'il en a faite, & qu'elle lui en tient lieu.

100. Il faut dire la même choſe de la créance d'une ſomme d'argent due à l'un des conjoints pour le retour de partage d'une ſucceſſion de biens immeubles que l'un des conjoints a fait durant la communauté avec ſes cohéritiers. Cette créance, quoique mobiliere, n'entre pas en communauté, étant provenue durant la communauté à ce conjoint, du droit qu'il avoit à une ſucceſſion d'immeubles, qui eſt un droit immobilier.

C'eſt l'avis de Lebrun, qui eſt mal-à-propos contredit par Borjon, qui prétend que ce retour en deniers doit tomber en communauté, ſans que le conjoint en puiſſe avoir aucune repriſe: il ſe fonde ſur ce que les partages ayant dans notre Juriſprudence un effet rétroactif, ce conjoint eſt cenſé avoir ſuccédé directement aux ſeuls immeubles échus dans ſon lot, & au retour en deniers dont ſon cohéritier eſt chargé envers lui; que ce retour en deniers étant en ſoi un effet mobilier, & ne pouvant lui tenir lieu d'aucuns immeubles qu'il ait eus, n'ayant ſuccédé qu'à ceux échus dans ſon lot, ce retour en deniers doit tomber dans la communauté. La réponſe eſt que ce retour n'eſt pas un ſimple effet mobilier de la ſucceſſion, auquel on puiſſe dire que le conjoint a ſuccédé. On ne peut pas dire que ce ſoit un effet de la ſucceſſion, puiſque la ſucceſſion étoit toute immobiliere, & que ce n'eſt pas dans la bourſe de la ſucceſſion, mais dans la bourſe particuliere du cohéritier qui en eſt chargé, que doit ſe prendre ce retour. Ce retour en deniers, dont ſon cohéritier eſt chargé envers lui par le partage, doit donc paſſer pour une créance contre ſon cohéritier, mobiliere à la vérité, mais qui lui tient lieu, non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant ſuccédé qu'à ceux échus en ſon lot, mais d'un droit immobilier indéterminé, puiſqu'elle lui tient lieu de ce qui manquoit à ſon lot pour parfaire ſa part & ſon droit à une ſucceſſion immobiliere: cette créance lui eſt provenue durant le mariage du droit qu'il avoit à une ſucceſſion immobiliere, & par conſéquent d'un droit immobilier: elle doit donc, ſuivant notre principe, quoiqu'elle ſoit mobiliere en ſoi, être excluſe de la communauté.

Il en eſt autrement lorſque par le partage d'une ſucceſſion compoſée de meubles & d'immeubles, il eſt échu beaucoup plus de meubles à propor-

tion, que d'immeubles dans le lot du conjoint; tout ce qui lui eſt échu de mobilier tombe dans la communauté, ſans qu'il en puiſſe avoir aucune repriſe. On ne peut pas dire en ce cas que ce qu'il a eu de mobilier dans ſon lot de plus que le montant de ſa part dans le mobilier de la ſucceſſion, lui tienne lieu, & ſoit ſubrogé à ce qu'il a eu de moins que ſa part dans la maſſe immobiliere : les meubles & les immeubles de cette ſucceſſion ne compoſent qu'une même ſucceſſion, dans laquelle le conjoint eſt cenſé n'avoir jamais eu de droit qu'aux choſes échues dans ſon lot, par lequel il eſt rempli de toute ſa portion héréditaire : on ne peut donc pas dire en ce cas que ce qu'il a eu de mobilier dans ſon lot, lui tienne en rien lieu de quelque droit immobilier, ni par conſéquent l'exclure de la communauté.

101. Obſervez que nous ne ſuivons pas en entier l'opinion de Lebrun, qui exclut de la communauté la créance d'une ſomme d'argent qu'à l'un des conjoints pour prix de la vente d'un héritage, ou pour un retour de partage d'immeubles, ſoit que la vente ou le partage aient été faits avant ou depuis le mariage. Nous penſons au contraire que ces créances ne ſont excluſes de la communauté, que dans le cas auquel la vente de l'héritage ou le partage ont été faits durant la communauté; parce qu'en ce cas, cette créance mobiliere eſt, durant la communauté, provenue d'un propre de communauté, auquel elle eſt ſubrogée, & duquel elle tient lieu : mais lorſque la vente de l'héritage ou le partage ont été faits avant le mariage, la créance de la ſomme de deniers que le conjoint avoit en ſe mariant, quoique pour le prix d'un héritage, entre avec le reſte de ſon mobilier dans la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 77, les mêmes raiſons ne ſe rencontrent pas : on ne peut pas dire que la créance pour le prix d'un héritage que le conjoint a vendu avant le mariage, provienne d'un propre de communauté; cet héritage qui n'appatenoit plus au conjoint lorſqu'il s'eſt remarié, n'ayant jamais été ni pu être ſon propre de communauté.

### Troisieme Exception.

102. Les ſommes d'argent & autres choſes mobilieres qui ont été données ou léguées à l'un des conjoints, ſoit avant, ſoit durant le mariage, n'entrent pas dans la communauté légale, lorſqu'elles ont été données ou léguées avec la clauſe qu'elles ſeroient propres au donataire ou légataire.

La raiſon eſt, qu'il eſt au pouvoir de celui qui donne, d'appoſer à la donation telles conditions ou reſtrictions que bon lui ſemble : *unicuique licet quem voluerit modum liberalitati ſuæ apponere.* D'où il ſuit que les choſes données à l'un des conjoints, ne peuvent entrer dans la communauté de biens en laquelle il eſt avec l'autre conjoint, lorſquelles n'ont été données qu'à la charge qu'elles n'y entreroient pas; ce que le donateur a ſuffiſamment donné à entendre, en diſant qu'il les donnoit à la charge qu'elles ſeroient propres au donataire.

*Voyez* ce que nous dirons ſur cette clauſe, *infrà.*

### Quatrieme Exception.

103. Ce qu'un mineur qui ſe marie *de ſuo*, a en biens meubles de plus que le tiers de l'univerſalité de tous ſes biens, n'entre pas dans la communauté légale. La

La Juriſprudence des Arrêts a fait cette exception. Les arrêts rapportés par Louet, *lettre.* M. *n.* 20, ont jugé que l'apport fait en biens meubles par le contrat de mariage d'un mineur à une communauté conventionnelle, étoit réductible au tiers de l'univerſalité des biens de ce mineur, & que le mineur étoit de plein droit reſtitué contre le conſentement, quoique formel, qu'il avoit donné à cet apport exceſſif. Les biens meubles d'un conjoint qui entrent dans la communauté légale, n'y entrent que par le conſentement tacite du conjoint, au pouvoir duquel il étoit de les en exclure par une convention de réaliſation: lorſqu'un mineur qui a tout ſon bien ou une grande partie de ſon bien en biens meubles, s'eſt marié ſans faire de contrat de mariage, il doit, ſuivant cette Juriſprudence, être reſtitué de plein droit contre le conſentement qu'il paroît avoir donné à ce que tout ſon mobilier entrât dans la communauté légale, & contre le défaut d'une convention pour la réaliſation de ce qui excédoit le tiers de l'univerſalité de ſes biens; car un conſentement tacite n'eſt pas plus fort qu'un conſentement formel, contre lequel la Juriſprudence des Arrêts reſtitue un mineur qui apporte en communauté plus du tiers de ſon bien, & les mineurs ſont reſtituables contre ce qu'ils ont manqué de faire, de même que contre ce qu'ils ont fait de préjudiciable à leurs intérêts : *minoribus, in his quæ vel prætermiſerunt vel ignoraverunt, innumeris authoritatibus conſtat eſſe conſultum.* L. 8, *Cod. de in integr. reſtit.*

Cette réduction du mobilier du mineur, qui doit entrer dans la communauté au tiers de l'univerſalité de ſes biens, n'a lieu que lorſque le mineur ſe marie *de ſuo* : lorſque c'eſt ſon pere, ſa mere, ou quelqu'autre qui lui donne une dot en argent ou autres effets mobiliers; il eſt au pouvoir de celui qui donne cette dot de la laiſſer entrer en entier dans la communauté de ce mineur, en ne faiſant aucune convention de réaliſation; car celui qui donne une choſe, eſt le maître de la donner de la maniere & à telles conditions que bon lui ſemble; mais lorſque le mineur eſt marié en ſes droits & *de ſuo*, il n'importe que ce ſoit ſon pere ou un autre tuteur qui le marie; ſon pere n'a pas plus de droit qu'un autre tuteur de diſpoſer du bien de ſon fils, & il ne doit pas par conſéquent lui être permis, lorſqu'il marie ſon fils, de faire entrer en communauté plus du tiers du bien de ſon fils.

### Cinquieme Exception.

104. Le principe que tous les meubles de chacun des conjoints, entrent dans la communauté légale, ſouffre encore une exception dans un cas, par l'Edit des ſecondes Noces. *Voyez* ce cas dans notre Traité du Mariage, *n.* 551.

## Article II.

### *Des conquêts.*

105. Les immeubles conquêts ſont la ſeconde eſpece de choſes dont eſt compoſée la communauté légale; la Coutume de Paris, *art.* 220, dit: » homme & femme ſont uns & communs en biens meubles, *& conquêts » immeubles faits durant & conſtant le mariage* ».

En matiere de communauté, le terme de *conquêts* eſt oppoſé à celui de *propre.* On entend par *conquêts* les héritages qui ſont de la communauté ; & par *propres* ceux qui n'en ſont pas.

Ce terme de *propre* eſt pris en matiere de communauté, dans un ſens différent de celui dans lequel il eſt pris dans les autres matieres de Droit ; ce terme de *propre* eſt pris dans les autres matieres pour un héritage ou autre immeuble qui appartient à quelqu'un à titre de ſucceſſion d'un parent ; mais en matiere de communauté, on appelle *propre* tout ce qui n'eſt pas commun, tout ce qui n'eſt pas entré en communauté ; un héritage eſt *propre* de communauté, lorſqu'il appartient à l'un des conjoints ſans faire partie des biens de la communauté qu'il a avec l'autre conjoint.

Comme il y a lieu ſouvent à la queſtion, ſi un héritage ou autre immeuble eſt *conquêt* ou *propre* de communauté, nous établirons des regles pour diſtinguer ceux qui ſont *conquêts*, & ceux qui ſont *propres* ; nous employerons le premier paragraphe de cet article à expoſer la premiere de ces regles ; dans le ſecond paragraphe, nous expoſerons les autres.

## §. I.

### Premiere Regle.

106. Il n'y a que des acquêts qui puiſſent être *conquêts* de la communauté légale ; tous les héritages & autres immeubles qui ſont *propres* en matiere de ſucceſſion, ſont auſſi toujours *propres* de cette communauté, quoique les choſes qui ſont propres de communauté, ne ſoient pas de même toujours *propres* en matiere de ſucceſſion.

Les héritages & immeubles qui ſont propres en matiere de ſucceſſion, étant ceux qui adviennent à titre de ſucceſſion ou à un titre équipollent à ſucceſſion, tels que ſont les dons & legs faits à des enfans par leurs peres & meres, ou autres parents de la ligne directe aſcendante, & les accommodemens de famille qui ſe font entre ces perſonnes ; pour entrer dans le détail de notre regle, & pour faire connoître dans le détail quels ſont les héritages & autres immeubles qui ſont propres en matiere de ſucceſſion, & qui ſont en conſéquence, ſuivant notre regle, propres de la communauté légale, nous appliquerons notre regle à chacun de ces titres. Nous l'appliquerons auſſi enſuite aux partages & licitations entre cohéritiers.

### *Application de la Regle au titre de ſucceſſion.*

107. Les héritages qui adviennent à titre de ſucceſſion d'un parent, ſoit en ligne directe, ſoit en ligne collatérale, ſont propres en matiere de ſucceſſion ; ceux donc qui adviennent à ce titre à l'un des conjoints, quoique durant le mariage, lui ſont pareillement, ſuivant notre regle, propres de communauté.

Il en eſt de même des offices & des rentes ; ces choſes étant réputées immeubles & de même nature que les héritages, elles ſont ſuſceptibles de la qualité de propre ; c'eſt pourquoi, lorſque ces choſes adviennent à l'un

des conjoints, quoique durant le mariage, par ſucceſſion directe ou collatérale de quelqu'un de ſes parents, ces choſes lui étant propres de ſucceſſion, ſont pareillement propres de communauté.

108. Obſervez que pour qu'une rente ſoit propre en matiere de ſucceſſion, il ne ſuffit pas qu'elle ſoit réputée immeuble en la perſonne de l'héritier qui y a ſuccédé; il faut auſſi qu'elle ait été réputée immeuble dans la perſonne à qui il a ſuccédé. C'eſt pourquoi ſi l'un des conjoints domicilié ſous la Coutume de Paris, qui répute immeubles les rentes, a ſuccédé durant le mariage à un de ſes parens, domicilié ſous celle de Troyes, qui les répute meubles, cette rente quoiqu'elle ſoit devenue immeuble en la perſonne du Pariſien, quoiqu'elle ſoit une choſe immeuble qui lui eſt échue par ſucceſſion, ne ſera pas *un propre* en ſa perſonne, mais un ſimple acquêt.

La raiſon eſt que la nature des propres eſt d'être d'*anciens héritages* (qui eſt le nom que pluſieurs Coutumes leur donnent) qui ſe ſont tranſmis dans la famille par ſucceſſion; or on ne peut pas dire qu'une rente qui n'a commencé à être réputée immeuble & de la nature des héritages, que dans la perſonne de l'héritier, ſoit *un ancien héritage*; ce n'eſt donc pas un propre, mais un ſimple *acquêt* de cet héritier : c'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 14 Mars 1697, contre les héritiers aux propres maternels de la Dame de Machault, qui étant domiciliée à Paris, avoit ſuccédé à ſa mere, domiciliée ſous la Coutume de Rheims qui répute les rentes meubles; l'Arrêt jugea que cette rente, quoique devenue immeuble en la perſonne de la Dame de Machault, n'étoit point un propre maternel, mais un ſimple acquêt dans la ſucceſſion de ladite Dame de Machault, qui n'avoit ſuccédé à ſa mere à cette rente, que comme à un meuble. Cet Arrêt eſt rapporté par Boullenois, *queſt.* 25 par le Maître; par l'Annotateur de Lebrun, *&c.*

109. Il me paroît ſuivre de la déciſion de cet Arrêt, que lorſque l'un des conjoints domiciliés à Paris, ſuccéde durant le mariage à un de ſes parents domicilié ſous une Coutume qui répute les rentes meubles, celles qu'il a recueillies de cette ſucceſſion, doivent entrer en ſa communauté; car la communauté eſt compoſée de tous *les acquêts des conjoints faits durant le mariage* : or ces rentes auxquelles le conjoint a ſuccédé comme à des meubles, quoique devenues immeubles en la perſonne de ce conjoint, n'étant pas, ſelon la déciſion de cet Arrêt, des propres en ſa perſonne, mais des acquêts; & ces acquêts étant faits durant le mariage, puiſque c'eſt durant le mariage que le conjoint y a ſuccédé, il s'enſuit qu'ils doivent entrer dans la communauté de ce conjoint.

L'Annotateur de Lebrun eſt d'un avis contraire au nôtre; il penſe que ces rentes, quoiqu'elles ne ſoient pas propres de ſucceſſion, ne laiſſent pas d'être propres de communauté : ſi elles ne ſont pas propres de ſucceſſion, c'eſt, dit-il, parce qu'il leur manque une condition néceſſaire pour cela, qui eſt qu'elles aient été poſſédées comme immeubles par le défunt, de la ſucceſſion duquel elles ſont advenues au conjoint; cette condition n'eſt pas néceſſaire pour qu'elles ſoient propres de communauté; il ſuffit pour cela que le conjoint les ait eues à titre de ſucceſſion. Je réponds que ſi les immeubles qui adviennent à l'un des conjoints durant le mariage, à titre de

ſucceſſion, n'entrent pas dans la communauté, ce n'eſt pas préciſément & ſeulement parce qu'ils lui adviennent à titre de ſucceſſion; mais c'eſt parce que le titre de ſucceſſion leur imprime la qualité de propre, qui eſt incompatible avec celle d'acquêt, & par conſequent de conquêt : c'eſt pourquoi les meubles qui ne ſont pas ſuſceptibles de la qualité de propre, quoiqu'ils adviennent à l'un des conjoints à titre de ſucceſſion, ne laiſſent pas de tomber dans la communauté; par la même raiſon, ces rentes auxquelles le conjoint n'a ſuccédé que comme à des meubles, quoique devenues immeubles en ſa perſonne, n'ayant pas la qualité de propre, & n'étant que des acquêts, rien n'empêche qu'elles ne tombent dans la communauté comme conquêts.

110. Pour qu'une choſe ſoit propre dans la perſonne de l'héritier qui y a ſuccédé, il eſt à la vérité néceſſaire qu'elle ait été poſſédée comme immeuble par la perſonne à qui il a ſuccédé; mais il n'eſt pas de même néceſſaire qu'elle ait été poſſédée par elle, comme propre; car c'eſt une maxime, que l'acquêt du défunt devient propre en la perſonne de ſon héritier.

Par la même raiſon, lorſque par la défaillance de la ligne d'où procédoit un héritage propre, l'héritier aux acquêts qui eſt étranger à cette ligne, a ſuccédé (1) à cet héritage, quoiqu'il n'y ait pas ſuccédé comme à un propre, cet héritage ne laiſſera pas d'être un propre dans la perſonne de cet héritier, ſauf qu'il ne ſera plus un ancien propre, mais un propre qui ne remonte pas plus haut qu'à la perſonne du défunt à qui il a ſuccédé.

111. Pour qu'un héritage ſoit propre en matiere de ſucceſſion & par conſéquent en matiere de communauté, il n'eſt pas non plus néceſſaire que l'héritier qui a ſuccédé à cet héritage, juſtifie que le défunt auquel il a ſuccédé, en étoit le propriétaire; le défunt l'ayant poſſédé lors de ſa mort, & cet héritage s'étant trouvé parmi les effets ſur ſa ſucceſſion, le défunt eſt par-là ſuffiſamment préſumé l'avoir été, tant que l'héritier n'en eſt pas évincé.

Cela a lieu, même dans le cas auquel un tiers ſe prétendant propriétaire de l'héritage, auroit donné une demande en revendication contre l'héritier pour ſe le faire délaiſſer, de laquelle, depuis & pendant la communauté de l'héritier avec ſa femme, le demandeur en revendication ſe ſeroit déſiſté par une tranſaction pour une ſomme d'argent que l'héritier lui auroit payée; l'héritage ne laiſſe pas d'être propre en matiere de ſucceſſion, & par conſéquent propre de communauté; ſauf la récompenſe que l'héritier doit à ſa communauté de la ſomme qu'il en a tirée pour la donner au demandeur en revendication, & ſe conſerver par ce moyen l'héritage, comme nous le verrons *infrà* .... La raiſon eſt qu'une tranſaction étant de ſa nature *de re incertâ & dubiâ*, & l'héritier en donnant au demandeur en revendication la ſomme qu'il lui a donnée, ayant pu vouloir plutôt éviter un procès, que reconnoître le droit du demandeur en revendication, cette tranſaction n'eſt pas ſuffiſante pour détruire la préſomption que le défunt auquel l'héritier a ſuccédé, qui s'eſt trouvé lors de ſa mort en poſſeſſion de l'héritage, en étoit auſſi le propriétaire.

(1) Dans les Coutumes d'Anjou, du Maine, & quelques autres, par la défaillance de la ligne, la ſucceſſion de propre eſt déférée au fiſc; mais ces Coutumes doivent être reſtreintes dans leur territoire.

Il en ſeroit autrement, ſi par l'acte l'héritier avoit reconnu que l'héritage appartenoit au demandeur en revendication; lequel auroit conſenti que l'héritage demeurât à l'héritier pour la ſomme que l'héritier lui auroit donnée: l'acte en ce cas ſeroit une véritable vente que le demandeur en revendication feroit de cet héritage à l'héritier; l'héritier ne ſeroit plus cenſé tenir à titre de ſucceſſion cet héritage; ſon titre ſeroit la vente qui lui en auroit été faite; l'héritage ſeroit donc dans ce cas acquêt & par conſéquent *conquêt*, l'acquiſition ayant été faite durant la communauté.

Quand même par l'acte intervenu ſur la demande en revendication, & qualifié de tranſaction, l'héritier n'auroit pas formellement reconnu le droit de propriété du demandeur en revendication; ſi la ſomme qu'il lui a donnée pour ſe conſerver l'héritage, étoit de toute la valeur de l'héritage, ce ſeroit une forte préſomption que l'acte ſeroit une véritable vente que le demandeur lui auroit faite de l'héritage, déguiſée ſous le nom de tranſaction; & cette préſomption pourroit ſuffire pour faire déclarer acquêt l'héritage, & par conſéquent conquêt, ſi l'acte étoit intervenu durant la communauté de l'héritier.

Hors ce cas, la femme de cet héritier qui prétendroit que l'héritage eſt un conquêt de ſa communauté, & que l'acte intervenu entre le demandeur en revendication & ſon mari, eſt une vente que ce demandeur en a faite à ſon mari, ne devroit pas être admiſe dans les offres qu'elle feroit de juſtifier le droit de propriété de ce demandeur en revendication, à moins qu'elle n'eût cette preuve à la main par des titres clairs & inconteſtables; car on ne doit pas admettre un tiers à reſſuſciter un procès aſſoupi par une tranſaction.

118. Si un héritage dont le parent à qui j'ai ſuccédé, étoit en poſſeſſion lors de ſa mort, lui avoit été vendu par quelqu'un qui s'étoit fait fort du propriétaire, quoique le propriétaire dont le vendeur s'étoit fait fort, n'ait ratifié que depuis la mort de mon parent, & même que je lui aie donné de l'argent pour le porter à ratifier, néanmoins je ne ſerai pas cenſé avoir acquis moi-même cet héritage de ce propriétaire par la ratification qu'il a faite; je ſuis cenſé l'avoir à titre de ſucceſſion de mon parent, & l'héritage eſt en conſéquence un propre, tant en matiere de ſucceſſion que de communauté; ſauf la récompenſe que je dois à la communauté, de l'argent que j'en ai tiré pour faire ratifier le propriétaire.

La raiſon de douter, étoit que mon parent à qui j'ai ſuccédé, n'a pu acquérir la propriété de l'héritage qu'on lui a vendu, que par le conſentement du propriétaire, ce conſentement n'étant pas encore intervenu lors de ſa mort, je n'ai pu lui ſuccéder à cet héritage; car on ne peut ſuccéder à quelqu'un à une choſe qui ne lui appartient pas.

La raiſon de décider au contraire que je dois être cenſé avoir ſuccédé à mon parent à cet héritage, eſt qu'il eſt de la nature des ratifications d'avoir un effet rétroactif; celui qui ratifie une vente qui étoit faite en ſon nom, eſt cenſé avoir donné procuration de la faire, ſuivant la regle, *ratihabitio mandato comparatur*; il eſt cenſé avoir vendu lui-même & mis lui-même l'acheteur en poſſeſſion, ſuivant cette regle de Droit, *qui mandat, ipſe feciſſe videtur*; mon

parent auquel j'ai ſuccédé, eſt donc cenſé par le ſecours de la fiction qui donne un effet rétroactif aux ratifications, être devenu propriétaire de l'héritage qu'on lui a vendu, dès auſſi-tôt qu'il en a été mis en poſſeſſion; de même que ſi ç'eût été le propriétaire au nom duquel la vente lui a été faite, qui l'y eût mis lui-même, & par conſéquent en avoir été propriétaire lors de ſa mort; je dois par conſéquent être cenſé lui avoir ſuccédé à cet héritage.

119. Par la même raiſon, je dois être cenſé avoir ſuccédé à mon parent à un héritage qu'il avoit acquis d'un mineur, quoique le mineur devenu majeur n'ait ratifié que depuis la mort de mon parent.

On dit de même pour raiſon de douter, que les loix déclarent nulles les aliénations des biens des mineurs; le parent à qui j'ai ſuccédé, n'a donc pu acquérir la propriété de l'héritage que le mineur lui a vendu avant la ratification de ce mineur faite en majorité; je n'ai donc pu lui ſuccéder à cet héritage qui ne lui appartenoit pas lors de ſa mort.

La réponſe qui ſert de raiſon de décider, eſt que la loi ne prononce la nullité de l'aliénation des biens des mineurs, qu'en faveur des mineurs; cette nullité relative, qui n'a lieu qu'autant que le mineur trouveroit que l'aliénation qu'il a faite de ſes biens, lui ſeroit déſavantageuſe; mais lorſque le mineur devenu majeur, approuve l'aliénation qu'il a faite, ſoit par une ratification expreſſe, ſoit par une ratification tacite, en laiſſant écouler le temps de la reſtitution ſans ſe pourvoir, l'aliénation eſt valable: c'eſt pourquoi dans cette eſpece, le mineur devenu majeur ayant ratifié la vente qu'il a faite à mon parent, cette vente dont la validité juſqu'à cette ratification avoit été *in ſuſpenſo*, eſt cenſée avoir été valable; mon parent eſt cenſé être devenu propriétaire, par la tradition que le mineur lui en a faite; je dois donc pareillement être cenſé avoir ſuccédé à cet héritage.

120. Il n'en eſt pas de même de la nullité que les loix prononcent de tout ce que fait une femme ſans être autoriſée; cette nullité n'eſt pas établie en faveur de la femme, puiſqu'elle s'étend même aux actes qui lui ſeroient avantageux; telle qu'eſt l'acceptation qu'elle feroit d'une donation qui lui ſeroit faite; *Ordonn. de* 1731, *art.* 9. C'eſt pourquoi ſi une femme ſous puiſſance de mari, avoit, ſans être autoriſée, vendu un héritage à mon parent, auquel j'ai depuis ſuccédé; & que depuis la mort de mon parent, par un acte paſſé entre cette femme devenue veuve & en ſes droits, & moi, elle eût conſenti que cette vente eût lieu à mon profit & que je retins l'héritage; cet acte ne me paroît pouvoir paſſer que pour une vente que cette veuve m'auroit faite de cet héritage, & non pour une confirmation de celle qu'elle en auroit faite au parent auquel j'ai ſuccédé; ce qui eſt abſolument nul, n'étant pas ſuſceptible de confirmation; d'où il ſuit que cet héritage doit être réputé acquêt, & par conſéquent conquêt de la communauté légale, ſi c'eſt durant cette communauté que l'acte a été paſſé.

121. Pour que je ſois cenſé avoir à titre de ſucceſſion un héritage ou un autre immeuble, & qu'il ſoit en conſéquence propre en matiere de ſucceſſion, & propre de communauté, il n'eſt pas néceſſaire que j'aie trouvé cet héritage même dans la ſucceſſion de mon parent à qui j'ai ſuccédé, il

ſuffit que j'y aie trouvé le droit, en vertu duquel j'en ſuis depuis devenu propriétaire.

La raiſon de cette maxime eſt que le droit à une choſe eſt cenſé être *juris affectu & eventu*, la choſe même à laquelle il ſe termine, & dans lequel il ſe fond & ſe réaliſe par la ſuite, ſuivant cette regle de Droit, *is qui actionem habet, ipſam rem habere videtur* ; L. 15, ff. *de Reg. Jur.* D'où il ſuit que lorſque j'ai ſuccédé à mon parent à un droit qu'il avoit à un certain héritage, duquel je ſuis depuis devenu propriétaire en vertu de ce droit, je ſuis cenſé lui avoir ſuccédé à l'héritage même, dans lequel le droit auquel je lui ai ſuccédé, s'eſt depuis réaliſé.

Suivant ces principes, ſi mon parent à qui j'ai ſuccédé, avoit de ſon vivant acheté un certain héritage, dont il n'avoit pas encore été mis en poſſeſſion lors de ſa mort, quoique je n'aie trouvé dans ſa ſucceſſion que l'action *ex empto*, je ſuis cenſé lui avoir ſuccédé à l'héritage même que je me ſuis fait donner par cette action.

122. Par la même raiſon, ſi le parent à qui j'ai ſuccédé, avoit vendu un héritage avec faculté de réméré, & que depuis ſa mort, j'aie en qualité de ſon héritier, exercé le réméré, je ſuis cenſé avoir cet héritage à titre de ſucceſſion de mon parent ; quoique je n'aie pas trouvé l'héritage même dans ſa ſucceſſion, il ſuffit que j'y aie trouvé le droit de réméré qui s'eſt réaliſé dans cet héritage que j'ai réméré ; cet héritage m'eſt donc propre, & en matiere de ſucceſſion, & propre de communauté, ſauf la récompenſe que je dois à la communauté de la ſomme que j'en ai tirée pour exercer le réméré.

123. Par la même raiſon, ſi le parent à qui j'ai ſuccédé, avoit aliéné un héritage ſous une condition réſolutoire, *putà*, s'il l'avoit donné à quelqu'un, à condition qu'il y rentreroit ſi le donataire mouroit ſans enfans ; & que la condition ayant exiſté depuis la mort du parent auquel j'ai ſuccédé, je ſois rentré dans cet héritage, je ſerai cenſé avoir cet héritage à titre de ſucceſſion de mon parent, quoique ce ne ſoit pas l'héritage même qui ſe ſoit trouvé dans ſa ſucceſſion ; car en ſuccédant au droit de rentrer dans l'héritage, je ſuis cenſé avoir ſuccédé à cet héritage, auquel ce droit s'eſt terminé, & dans lequel il s'eſt réaliſé.

On objectera peut-être que l'exiſtence de la condition qui a donné ouverture au droit de rentrer dans cet héritage, n'étant ſurvenue que depuis la mort de mon parent, je n'ai pas même trouvé ce droit dans la ſucceſſion de mon parent ; puiſqu'il n'étoit pas encore né lors de l'ouverture de cette ſucceſſion.

La réponſe eſt que ſuivant les principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *n.* 220, l'exiſtence des conditions appoſées à un contrat, a un effet rétroactif au temps du contrat, qui fait réputer le droit auquel l'exiſtence de la condition a donné ouverture, comme acquis dès le temps du contrat. Suivant ce principe, le parent à qui j'ai ſuccédé, eſt cenſé avoir eu dès le temps du contrat de donation qu'il a faite de ſon héritage le droit d'y rentrer, & l'avoir tranſmis par conſéquent dans ſa ſucceſſion.

124. Lorſque le parent à qui j'ai ſuccédé, a vendu un héritage dont

il a mis l'acheteur en poſſeſſion ſans en recevoir le prix pour lequel il lui a accordé terme ; & que par une convention que j'ai eue depuis ſa mort en qualité de ſon héritier avec l'acheteur, je ſuis rentré dans l'héritage en le quittant du prix, cet héritage m'eſt il propre ? La raiſon de douter eſt que la vente de l'héritage ayant été faite purement & ſimplement ſans pact commiſſoire, le vendeur à qui j'ai ſuccédé, paroît n'avoir retenu aucun droit de rentrer dans l'héritage auquel j'ai pu ſuccéder : la réponſe à ce raiſonnement eſt que dans tous les contrats ſynallagmatiques, la partie qui a de ſa part exécuté le contrat, a le droit de répéter la choſe qu'elle a donnée en exécution du contrat, en cas de l'inexécution du contrat de la part de l'autre partie ; c'eſt de ce droit que naît l'action qu'on appelle *condictio ob rem dati re non ſecutâ*. Le vendeur dont j'ai été héritier, avoit donc le droit de rentrer dans l'héritage en cas d'inexécution du contrat, il l'a laiſſé dans ſa ſucceſſion & il me l'a tranſmiſe ; c'eſt en vertu de ce droit qu'en conſéquence de l'inexécution du contrat, par la convention de déſiſtement entre l'acheteur & moi, je ſuis rentré dans cet héritage, & j'en ſuis devenu propriétaire ; je le ſuis donc devenu en vertu d'un droit auquel j'ai ſuccédé ; cet héritage m'eſt donc propre en matiere de ſucceſſion, & il doit par conſéquent être auſſi propre de communauté, ſauf la récompenſe que je dois à la communauté de la ſomme due pour le prix de l'héritage qui devoit entrer dans la communauté, & dont je l'ai privée en déchargeant l'acheteur de cette ſomme pour avoir l'héritage ; comme nous le verrons *infrà*.

On dira peut-être, à quoi ſert le pact commiſſoire, ſi ſans ce pact le vendeur a le droit de rentrer dans l'héritage, faute de paiement du prix ? Voyez dans notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 475, ce que ce pact donne de plus.

125. Le principe que nous venons d'établir, que je ſuis cenſé avoir à titre de ſucceſſion un héritage, lorſque j'ai ſuccédé à mon parent au droit, en vertu duquel j'en ſuis depuis devenu propriétaire, n'a lieu, que lorſque le droit auquel j'ai ſuccédé, a été la cauſe prochaine & immédiate de l'acquiſition que j'ai faite depuis de cet héritage, comme dans les exemples ci-deſſus rapportés ; il en eſt autrement lorſque le droit auquel j'ai ſuccédé, n'en a été qu'une cauſe éloignée. Par exemple, ſi j'ai ſuccédé à un parent à une ſeigneurie directe à laquelle étoit attaché un droit d'avoir par retrait conventionnel les héritages d'un certain territoire, lorſqu'ils ſont vendus ; & que depuis, un héritage ſujet à ce droit ayant été vendu, j'en aie exercé le retrait qui m'en a rendu propriétaire, je ne ſerai pas cenſé avoir cet héritage à titre de ſucceſſion : cet héritage eſt un acquêt ; & ſi la vente qui a donné ouverture au retrait que j'ai exercé, eſt intervenue durant ma communauté, il ſera conquêt de cette communauté : la raiſon eſt que le droit attaché à la ſeigneurie à laquelle j'ai ſuccédé, qui conſiſte dans le droit d'être préféré pour acheter les héritages qui y ſont ſujets, lorſqu'ils ſont vendus, n'eſt que la cauſe éloignée de l'acquiſition que j'ai faite de l'héritage dont j'ai exercé le retrait. La cauſe prochaine de mon acquiſition eſt le contrat de vente de cet héritage, aux droits duquel contrat, j'ai été ſubrogé à l'acheteur

à l'acheteur à qui la vente en avoit été faite, par le retrait que j'ai exercé sur lui, qui m'en a rendu acheteur en sa place. C'est donc ce contrat de vente qui est le véritable titre & la cause prochaine de l'acquisition que j'ai faite de cet héritage ; je le possede à titre d'achat, & par conséquent c'est un acquêt.

On a jugé par les mêmes raisons, qu'un héritage retiré par retrait féodal, étoit acquêt, par Arrêt du 24 Janvier 1623 ; *Bardet, liv. I, chap. 109.*

126. Pareillement lorsqu'ayant un droit de justice qui m'est propre, l'ayant eu de la succession de mes parens, j'ai, en ma qualité de Seigneur de Justice, acquis par droit de deshérence ou de confiscation, des biens immeubles d'un homme mort sans héritiers, ou condamné à une peine capitale : ces immeubles ne sont pas de propres, mais des acquêts ; & si la mort ou la condamnation qui ont donné ouverture à la deshérence ou à la confiscation, sont arrivées durant ma communauté, ils sont des conquêts : car ce n'est pas mon droit de justice qui est la cause prochaine & immédiate de l'acquisition que j'ai faite de ces immeubles, c'est le droit de deshérence ou de confiscation auquel la mort ou la condamnation de la personne à qui ils appartenoient, a donné ouverture, lesquels droits de deshérence ou de confiscation sont des fruits civils de mon droit de justice qui les a produits, & en sont distingués, comme la fille l'est de la mere, & comme les fruits le sont de la terre qui les a produits.

Il n'en est pas de même du droit de deshérence que la Coutume de Bretagne, *art.* 595, & quelques autres donnent au Seigneur de fief par la défaillance de l'estoc. Lorsque dans ces Coutumes le Seigneur succede au fief qui relevoit de lui, par la mort de son vassal qui n'a laissé aucuns héritiers de la ligne d'où ce fief procédoit, cette succession ne doit pas être considérée comme un fruit & une obvention du fief dominant ; mais comme une reversion qui se fait de ce fief au Seigneur, par l'extinction de l'inféodation que produit la défaillance de la ligne. Le droit d'y rentrer, en cas de défaillance de la ligne, étoit une des dépendances du fief dominant ; ce fief dans lequel le Seigneur est rentré, & auquel s'est terminé le droit qu'il avoit d'y rentrer, en est donc pareillement une dépendance, comme il l'étoit avant l'inféodation qui l'en avoit séparé : c'est pourquoi si le fief dominant étoit propre, le fief dans lequel le Seigneur du fief dominant est rentré par ce droit de deshérence, est pareillement propre.

Il en est de même de la commise du fief pour désaveu ou pour félonie ; ce n'est pas tant en ce cas une acquisition que fait le Seigneur, qu'une reversion qui se fait par l'extinction de l'inféodation. Le droit qu'a le Seigneur de rentrer dans les fiefs qui relevent de lui, lorsque le cas arrivera, est un droit qui fait partie du fief dominant, & par conséquent le fief dans lequel, le cas étant arrivé, le Seigneur est rentré, & auquel le droit qu'il avoit d'y rentrer s'est terminé, doit pareillement faire partie des dépendances du fief dominant, & être de même nature & par conséquent propre, lorsque le fief dominant est un propre de la personne à qui il appartient.

127. Les héritages confisqués sont-ils propres ou acquêts aux enfans ou autres héritiers du condamné, auxquels le Roi a fait remise de la confis-

cation ? Je crois que la déciſion de la queſtion dépend beaucoup des termes dans leſquels le brevet eſt conçu. Si le Roi déclare par le brevet qu'il ſe déſiſte en leur faveur de ſon droit de confiſcation des biens du condamné, le Roi paroît en ce cas, en ſe déſiſtant de ſon droit de confiſcation, avoir par la plénitude de ſa puiſſance, rendu au condamné le droit de tranſmettre ſes biens par ſucceſſion, qu'il avoit perdus en perdant l'état civil par la condamnation : ſes enfans ou autres héritiers ſont en conſéquence cenſés avoir, à titre de ſucceſſion, les biens du condamné ; & par conſéquent ceux deſdits biens qui ſont immeubles, ſont de véritables propres. Mais ſi le brevet porte ſimplement que le Roi fait don des biens confiſqués aux enfans ou autres héritiers du condamné, les enfans n'ayant en ce cas d'autre titre que le don que leur en a fait le Roi, ces biens ſont *acquêts*, & par conſéquent conquêts, ſi le don a été fait durant la communauté.

Il y des Auteurs qui diſtinguent entre les enfans du condamné & ſes autres parens, en interprétant, ſelon le premier ſens, le brevet, lorſque la remiſe eſt faite aux enfans ; & ſelon le ſecond ſens, lorſque la remiſe eſt faite à d'autres parens.

128. Quoique l'héritage auquel l'un des conjoints a ſuccédé à ſon parent durant le mariage, n'ait pas dans la ſucceſſion de ce conjoint, ni en matiere de diſpoſition, les effets d'un bien propre, ne reſtant plus perſonne de la famille dont il procédoit, il n'en eſt pas moins pour cela propre de communauté ; car ce n'eſt qu'*ex accidenti & ex cauſâ extrinſecâ*, qu'il n'a pas dans la ſucceſſion de ce conjoint, & en matiere de diſpoſition, les effets d'un bien propre ; il n'en eſt pas moins en ſoi un héritage propre, ayant été tranſmis par ſucceſſion ; ce n'eſt donc pas un acquêt, ni par conſéquent un conquêt.

129. Il nous reſte à obſerver que pour qu'un immeuble échu à l'un des conjoints durant la communauté par la ſucceſſion de ſon parent, ſoit propre de ſucceſſion, & par conſéquent propre de communauté, il n'importe que ce parent par la ſucceſſion duquel il lui eſt échu, ſoit un parent de la ligne directe aſcendante, ou de la ligne directe deſcendante, ou de la collatérale. Toutes ces ſucceſſions ſont des propres.

Doit-on excepter de cette regle la ſucceſſion par laquelle les peres & meres ſuccedent à leurs enfans aux choſes qu'ils leur ont données ?

### *Application de la Regle aux dons & legs faits en avancement de ſucceſſion, ou pour en tenir lieu.*

130. Les héritages ou autres immeubles donnés ou légués à un enfant par ſon pere, ſa mere ou quelqu'autre parent de la ligne directe aſcendante, ſont propres à cet enfant en matiere de ſucceſſion, de même que s'ils lui étoient échus par la ſucceſſion de ces perſonnes ; & par conſéquent, ſuivant la regle ci-deſſus propoſée, ils ſont auſſi propres de communauté, quand même le don ou le legs auroit été fait durant la communauté.

La raiſon eſt, que ces parens devant, ſuivant l'ordre de la nature, la

ſucceſſion de leurs biens à leurs enfants, les dons & legs qu'ils leur font de leurs biens, ſont moins des dons & legs qu'un acquittement de la dette naturelle de leur ſucceſſion qu'ils leur doivent : les enfans, par les donations entre-vifs qui leur ſont faites de ces biens, ſont cenſés recueillir d'avance la ſucceſſion du donateur, & c'eſt pour cela que ces donations ſont appellées *avancement d'hoirie, avancement de ſucceſſion.*

131. Cela a lieu, 1°. quand même l'enfant donataire auroit depuis renoncé à la ſucceſſion du donateur, les héritages & autres immeubles qui lui ont été donnés, n'en ſont pas moins des propres de ſucceſſion & de communauté; car le donateur n'eſt pas moins cenſé les lui avoir donnés en avancement de ſa ſucceſſion, & ils lui tiennent lieu de ſa ſucceſſion.

132. Cela a lieu, 2°. quand même les héritages donnés excéderoient la part que l'enfant donataire eût dû avoir dans la ſucceſſion du donateur; ces héritages ne laiſſent pas de lui être propres entiérement, & non pas ſeulement juſqu'à concurrence de la part qu'il eût dû avoir dans la ſucceſſion du donateur; car le donateur n'en eſt pas moins cenſé lui avoir donné le total comme un avancement de ſa ſucceſſion dans laquelle il a voulu lui faire une part plus avantageuſe que celle que lui eût faite la loi civile des ſucceſſions.

133. Cela a lieu, 3°. quand même l'enfant donataire ne ſeroit pas l'héritier préſomptif immédiat de ſon aïeul qui les lui a donnés, étant précédé par ſon pere, ces héritages ne laiſſent pas d'être cenſés lui avoir été donnés en avancement de ſucceſſion : car ſelon l'ordre de la nature, les biens de ſon aïeul devant lui parvenir un jour, non pas à la vérité immédiatement, mais médiatement & par le canal de ſon pere, ſon aïeul, en les lui donnant ou les lui léguant, ne fait que prévenir ce temps & ſauter par-deſſus le canal par lequel ils doivent lui paſſer; la donation ou le legs qu'il lui en fait, eſt donc une anticipation de ſa ſucceſſion; les héritages ou autres immeubles ainſi donnés ou légués ſont donc propres de ſucceſſion, & par conſéquent propres de communauté.

134. Cela a lieu, 4°. quand même l'héritage ne paſſeroit pas directement du pere au fils, mais par le canal d'une autre perſonne que le pere auroit chargée de ſubſtitution envers ſon fils. Par exemple, ſi un pere ayant deux fils, fait l'aîné légataire univerſel, à la charge de ſubſtitution envers le puîné; quoiqu'à l'ouverture de la ſubſtitution le puîné recueille les héritages compris en la ſubſtitution par le canal & des mains de ſon frere aîné, ce puîne ne laiſſe pas d'être cenſé les tenir à titre de donation de ſon pere, la ſubſtitution qui eſt ſon titre, étant une donation que ſon pere lui a faite; ces héritages lui ſont donc des propres de ſucceſſion, & par conſéquent propres de communauté.

*Contra vice verſâ.* Lorſqu'un oncle a grevé ſon neveu d'une ſubſtitution au profit des enfans dudit neveu, les héritages compris dans la ſubſtitution que leſdits enfans ont recueillis, ne leur ſont que des acquêts; car quoiqu'ils ſoient paſſés du pere aux enfans, ce n'eſt pas de leur pere qu'ils les tiennent; leur pere n'a été que le canal par lequel ils leur ſont paſſés : ils les tiennent de leur grand-oncle qui les leur a donnés par la ſubſtitution

qu'il a faite en leur faveur ; mais les donations faites par un parent collatéral ne ſont que des acquêts, comme nous le verrons plus amplement ci-après.

135. Lorſqu'un pere, durant le mariage de ſon fils, lui fait donation d'une rente d'une certaine ſomme dont il ſe conſtitue lui-même le débiteur envers lui, cette rente eſt-elle en la perſonne du fils, qui en eſt le créancier, un bien acquêt, ou un propre ?

Pour ſoutenir que cette rente n'eſt pas un propre, mais ſeulement un acquêt, on dit qu'un propre eſt un *ancien héritage* qui a appartenu à la perſonne à qui on a ſuccédé, & a paſſé de ſa perſonne à celle qui lui a ſuccédé : or la rente que le pere a donnée à ſon fils, & dont il s'eſt conſtitué le débiteur envers ſon fils, étant une rente qui n'a été créée & formée que par la donation qui en a été faite au fils, & qui n'a commencé à exiſter qu'en la perſonne du fils, on ne peut pas dire que ce ſoit un ancien héritage qui ait paſſé de la perſonne du pere en celle du fils ; on ne peut donc pas dire que cette rente ſoit un propre, elle n'eſt donc qu'un acquêt du fils ; & la donation ne lui en ayant pas été faite par ſon contrat de mariage, c'eſt un acquêt fait durant ſon mariage, & par conſéquent un conquêt qui eſt entré dans la communauté légale, s'il n'y a clauſe contraire dans la donation, de même qu'y ſeroient entrés des meubles que le pere auroit donnés à ſon fils.

Au contraire, pour ſoutenir cette rente propre, on dit qu'il eſt vrai que cette rente conſidérée en ſa forme de rente, n'a commencé à exiſter qu'en la perſonne du fils, & qu'elle n'a jamais dans cette forme, appartenu au pere ; mais ſi elle ne lui a pas appartenu *formaliter* dans ſa forme de rente, elle lui a appartenu *cauſaliter & eminenter* comme étant renfermée dans la maſſe de ſes biens ſur leſquels il l'a conſtituée ; autrement il n'auroit pas pu la donner à ſon fils, perſonne ne pouvant donner ce qu'il n'a pas. La rente peut, de cette matiere, paroître avoir paſſé du pere au fils à un titre qui fait des propres, & être par conſéquent un propre, tant de ſucceſſion que de communauté.

J'avois, dans mon Introduction à la Coutume d'Orléans, embraſſé cette ſeconde opinion que feu M. Rouſſeau, mon reſpectable ami, m'avoit dit être la plus accréditée au Palais ; mais j'ai appris que depuis il étoit intervenu un Arrêt de la Cour, dont je ne ſçais pas la date, qui a jugé conformément à la premiere opinion.

Il n'y auroit pas lieu à cette queſtion, s'il étoit dit par la donation, que le pere fait donation à ſon fils d'une certaine ſomme, pour le prix de laquelle il lui a, par le même acte, conſtitué une rente de tant ; la donation étant en ce cas d'une ſomme d'argent, il ne peut être douteux en ce cas que la rente conſtituée au fils pour le prix de cette ſomme, eſt un acquêt, & par conſéquent un conquêt, ayant été fait durant le mariage.

136. Lorſqu'un pere débiteur envers ſon fils d'une ſomme d'argent qu'il lui a promiſe en le mariant, lui donne à la place durant le mariage, un héritage, cet héritage eſt-il propre ? La raiſon de douter eſt, que l'héritage paroît en ce cas donné au fils par le pere, en paiement de la ſomme qu'il lui devoit : or la dation en paiement eſt un acte équipollent à vente ; *dare*

*in ſolutum eſt, vendere*, L. 4, *Cod. de evict.* c'eſt donc comme ſi le pere avoit vendu à ſon fils cet héritage pour le prix de la ſomme qu'il devoit à ſon fils; mais il n'eſt pas douteux que l'héritage qu'un pere auroit vendu à ſon fils, ſeroit un acquêt de ce fils. Nonobſtant ces raiſons, il n'eſt pas douteux que cet héritage eſt à ce fils un propre de ſucceſſion, & par conſéquent un propre de communauté. Le pere en donnant cet héritage à ſon fils à la place de la ſomme qu'il lui avoit promiſe en mariage, n'eſt pas cenſé le lui vendre pour le prix d'une ſomme qu'il lui doit; il n'eſt cenſé faire autre choſe qu'exécuter la donation de la dot qu'il lui avoit promiſe en mariage: cette donation reçoit ſon exécution, non pas à la vérité *in ipſâ re promiſſâ, ſed in re diverſâ*, que le fils veut bien recevoir à la place: le fils eſt donc cenſé tenir cet héritage en exécution de la donation qui lui avoit été faite par ſon contrat de mariage, & par conſéquent à titre de donation en avancement de ſucceſſion.

C'eſt ce qui réſulte évidemment de l'article 26 de la Coutume de Paris, où il eſt dit: » Le fils auquel le pere ou mere, aïeul ou aïeule ont donné » aucun héritage tenu en fief, ne doit que la bouche & les mains au Sei» gneur féodal, encore que..... la choſe lui ſoit baillée en paiement de » ce qui lui avoit été promis par contrat de mariage. » La Coutume, en décidant que le fils ne doit en ce cas que la bouche & les mains, ſuppoſe évidemment que le fils, dans l'eſpece propoſée, tient l'héritage à titre de donation, en exécution de celle qui lui a été faite par ſon pere, & que ſon pere n'eſt pas cenſé le lui avoir vendu; car s'il étoit cenſé le lui avoir vendu, le fils devroit le profit de vente, n'étant pas douteux que la vente faite par un pere à ſon fils d'un héritage tenu en fief, donne ouverture au profit de vente.

Obſervez que l'héritage donné à l'un des conjoints durant le mariage, à la place d'une ſomme qui lui avoit été promiſe, ne lui eſt propre de communauté qu'à la charge de récompenſer la communauté, de la ſomme promiſe qui ſeroit entrée dans la communauté légale, ſi le conjoint n'avoit pas reçu l'héritage à la place. C'eſt ce que nous verrons plus amplement *infrà*, *part.* 4.

137. Il n'y a, ſuivant le droit commun, que les donations faites par les pere & mere & autres aſcendants à un enfant, qui ſoient regardées comme des titres équipollens à celui de ſucceſſion, & qui rendent propre l'héritage ou autre immeuble qui a été donné, de la même maniere, que ſi le donataire l'eût eu à titre de ſucceſſion; celles qui ſont faites par tout autre parent, quand même elles ſeroient faites à l'héritier préſomptif du donateur, ne ſont que des acquêts, qui ſont conquêts lorſque la donation a été faite durant la communauté.

La raiſon de différence eſt qu'il n'y a que nos parens de la ligne directe aſcendante, qui nous doivent, ſelon l'ordre de la nature, la ſucceſſion de leurs biens; les autres ne nous la doivent pas: c'eſt donc, lorſqu'ils nous donnent leurs biens, une véritable donation qu'ils nous font, & on ne peut pas dire que ce ſoit un acquittement anticipé de la dette de leur ſucceſſion, puiſqu'ils ne nous la doivent pas.

Il y a néanmoins quelques Coutumes, comme Anjou, le Maine qui réputent les donations faites à l'héritier préſomptif, quoique en ligne collatérale, faites en avancement de ſucceſſion; & les héritages & autres immeubles qui lui ſont donnés, biens propres & patrimoniaux. Il n'eſt pas douteux que les héritages & autres immeubles régis par ces Coutumes qui ſont en ce cas propres en matiere de ſucceſſion, ſont auſſi en conſéquence, ſuivant notre regle, propres de communauté.

138. Lorſqu'un teſtateur a, par ſon teſtament, rappellé à ſa ſucceſſion les enfans d'un parent qui eût été ſon héritier, s'il ne fût pas prédécédé, pour le repréſenter, & prendre dans les biens de la ſucceſſion du teſtateur la part qu'y eût eu ce parent s'il ne fût pas précédé; ce rappel eſt-il regardé comme un titre de ſucceſſion, qui donne la qualité de propre aux héritages advenus auxdits enfans par ledit rappel, ou s'il ne doit être regardé que comme un legs, qui ne fait que des acquêts?

La Juriſprudence a établi à cet égard une diſtinction entre le rappel fait *intrà terminos Juris*, & celui fait *extrà terminos Juris*.

Le rappel eſt cenſé fait *intrà terminos Juris*, lorſque dans les Coutumes qui n'admettent pas la repréſentation, le teſtateur a rappellé des perſonnes à qui le Droit Romain l'accordoit.

Par exemple, lorſque dans les Coutumes de Blois, ou de Meaux, qui n'admettent aucune repréſentation en ligne collatérale, un teſtateur a rappellé à ſa ſucceſſion ſes neveux ou nieces, enfans d'un frere ou d'une ſœur prédécédés, ce rappel eſt *intrà terminos Juris*, parce que la Novelle de Juſtinien leur accordoit la repréſentation.

A plus forte raiſon, le rappel des petits-enfans eſt *intrà terminos Juris* dans les Coutumes qui excluent la repréſentation même en directe.

Le rappel qui eſt fait *intrà terminos Juris*, eſt regardé comme un titre de ſucceſſion, qui donne aux héritages qui adviennent à ce titre, la qualité de propres de ſucceſſion, & par conſéquent de propres de communauté. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 9 Juin 1687, rapporté au Journal du Palais, & par pluſieurs autres précédens, cités par le Journaliſte.

Le rappel *extrà terminos Juris*, eſt celui des perſonnes auxquelles le Droit Romain ne donne pas le droit de repréſentation; tel eſt le rappel des petits-neveux & des petits-couſins.

Ce rappel n'eſt valable que *per modum legati*; & par conſéquent les héritages advenus à ce titre, ſont de purs acquêts, de même que ceux advenus à titre de legs.

### *Application de la Regle aux accommodemens de famille.*

139. Les accommodemens de famille, par leſquels quelque héritage paſſe du pere au fils, étant regardés par la Juriſprudence comme des avancements de ſucceſſion, ces héritages que le fils a eus par quelque accommodement de famille, étant par conſéquent des propres de ſucceſſion, ils ſont pareillement des propres de communauté, quoique l'accommodement ait été fait durant la communauté.

Par exemple, lorſqu'un pere, durant le mariage de ſon fils, lui fait abandon d'un héritage, à la charge de payer ſes dettes en total ou en partie, cet acte n'eſt pas regardé comme une vente que le pere faſſe à ſon fils de cet héritage, pour le prix de la ſomme à laquelle montent les dettes qu'il le charge de payer à ſon acquit ; cet acte eſt regardé comme un pur accommodement de famille, & un avancement de ſucceſſion ; car le pere, par cet acte, ne fait que prévenir le temps de l'ouverture de ſa ſucceſſion, & fait d'avance ce qui ſe feroit lors de l'ouverture de ſa ſucceſſion. Sans cet abandon lors de l'ouverture de la ſucceſſion du pere, le fils auroit ſuccédé à cet héritage, & il n'y auroit ſuccédé qu'à la charge des dettes dont le pere le charge par cet abandon : le fils eſt donc cenſé avoir cet héritage en avancement de ſucceſſion ; il eſt donc un propre, & par conſéquent un propre de communauté.

C'eſt la Juriſprudence des Arrêts. Il y en a un aſſez récent, rendu en la quatrieme des Enquêtes, au rapport de M. Rolland de Chaſſeranges. Dans l'eſpece de cet Arrêt, le pere du ſieur de Landiviſiau lui avoit fait donation de la terre du Pleſſis, à la charge de payer pour ſix cents mille livres de dettes, laquelle ſomme étoit la valeur entiere de la Terre : le ſieur de Landiviſiau, après la mort de ſon pere, ayant voulu faire rapport de cette terre à la ſucceſſion pour y prendre ſes droits d'aîneſſe, ſes ſœurs s'y étant oppoſées, & ayant ſoutenu que le titre auquel le ſieur de Landiviſiau avoit cette terre, étoit une véritable vente que ſon pere lui avoit faite de cette terre pour ladite ſomme, l'Arrêt jugea que ſon titre étoit une donation en avancement de ſucceſſion, & qu'il étoit en conſéquence fondé dans le rapport qu'il faiſoit de cette terre.

Par la même raiſon, lorſqu'un pere durant le mariage de ſon fils, lui abandonne un héritage pour demeurer quitte envers lui de ce qu'il lui doit, *puta* pour un compte de tutele, cet acte n'eſt pas cenſé être une vente que le pere faſſe à ſon fils pour le prix de la ſomme due à ſon fils ; cet abandon n'eſt cenſé être qu'un pur accommodement de famille & un avancement de ſucceſſion : le fils auroit pareillement ſuccédé à cet héritage, & auroit fait confuſion de ce qui lui reſtoit dû par ſon pere. Le fils étant donc cenſé avoir cet héritage en avancement de ſucceſſion, cet héritage lui eſt propre, & par conſéquent propre de communauté, quoique l'abandon ait été fait durant la communauté.

Obſervez qu'il ne lui eſt propre de communauté qu'à la charge de la récompenſe de la ſomme qui lui étoit dûe par ſon pere, la créance de cette ſomme étant comme *meuble* entrée dans la communauté légale.

Pareillement, dans l'eſpece précédente, l'héritage donné par un pere à ſon fils, à la charge de payer ſes dettes, n'eſt propre de communauté qu'à la charge de récompenſer la communauté des ſommes qu'il en a tirées pour les payer.

*Application de la Regle aux partages, licitations & autres actes qui en tiennent lieu.*

140. Les héritages & autres immeubles d'une ſucceſſion échus à quelqu'un par le partage qu'il en a fait avec ſes cohéritiers, lui ſont propres entiérement, & non pas ſeulement pour la part héréditaire qu'il avoit avant le partage. Quand même ils excéderoient le montant de ſa part héréditaire, & ſeroient chargés en conſéquence d'un retour en deniers, ils ſeroient entiérement propres, & non pas ſeulement juſqu'à concurrence de ſa part héréditaire. Par conſéquent, ſuivant notre regle, ils doivent auſſi être entiérement propres de communauté, quand même le partage auroit été fait durant le mariage, ſauf ſeulement la récompenſe que le conjoint héritier doit de la ſomme qu'il en a tirée pour payer le retour dont ſon lot étoit chargé.

Cette maxime eſt tirée de notre Juriſprudence Françoiſe, ſur la nature des partages.

Ces principes ſont ſur cette matiere entiérement oppoſés à ceux du Droit Romain.

Suivant ceux du Droit Romain, un partage étoit regardé comme une eſpece de contrat d'échange, par lequel chaque cohéritier échangeoit les parts qu'il avoit avant le partage dans les héritages tombés dans les lots de ſes cohéritiers, contre celles que les cohéritiers avoient avant partage dans ceux tombés dans le ſien.

En conſéquence, chaque héritier étoit cenſé n'avoir ſuccédé au défunt aux héritages tombés dans ſon lot, que pour la part dont il étoit héritier, & avoir acquis de ſes cohéritiers les autres parts, avec la charge des hypotheques des créanciers particuliers de ſes cohéritiers; L. 6, §. 8, ff. *comm. divid.*

Au contraire, ſuivant les principes du Droit François, les partages ne ſont pas regardés comme des titres d'acquiſition; la part que chaque héritier a dans les biens de la ſucceſſion avant le partage, eſt une part indéterminée; c'eſt le partage qui la détermine aux effets tombés au lot de cet héritier. Le partage eſt cenſé ne faire autre choſe que déterminer la part à laquelle chaque héritier a ſuccédé au défunt, qui étoit auparavant indéterminée, & il la détermine aux ſeuls effets tombés dans ſon lot: au moyen de cette détermination que fait le partage, & de l'effet rétroactif qu'on lui donne au temps du décès du défunt, le défunt eſt cenſé avoir, dès l'inſtant de ſon décès, ſaiſi en entier chacun de ſes héritiers, de toutes les choſes compriſes dans leur lot, à la charge des retours; chaque héritier eſt cenſé avoir ſeul ſuccédé entiérement à toutes leſdites choſes, à la charge des retours, s'il y en a, & n'avoir rien acquis de ſes cohéritiers par le partage.

141. Ces principes ont lieu, non-ſeulement à l'égard du premier partage qui ſe fait entre des cohéritiers: ils ont lieu pareillement à l'égard des ſubdiviſions. Lorſque par le premier partage, quelques effets de la ſucceſſion ſont demeurés indivis, entre tous, ou ſeulement entre quelques-uns des cohéritiers, il reſte à faire entr'eux une ſubdiviſion de ces choſes reſtées en commun:

mun : *nulla enim in æternum communio eſt ;* la part de chacun de ces cohéritiers, par rapport aux choſes qui leur ſont demeurées communes & indiviſes, eſt encore indéterminée juſqu'à la ſubdiviſion qui doit s'en faire ; cette ſubdiviſion la détermine aux choſes qui tombent dans le lot de chacun par la ſubdiviſion ; cette ſubdiviſion a, de même que le premier partage, un effet rétroactif au temps du décès du défunt, de maniere que chacun d'eux eſt cenſé avoir ſeul ſuccédé au défunt à tous les effets contenus dans le lot qui lui eſt échu par la ſubdiviſion, & n'eſt cenſé avoir rien acquis de ſes copartageants.

142. C'eſt en conſéquence de ces principes, que notre Coutume d'Orléans, ſuivie en cela par toutes celles qui ne s'en ſont pas expliquées, décide, *art.* 15 *&* 113, qu'il n'eſt dû aucun profit ni féodal ni cenſuel pour les héritages & ſubdiviſions, *encore qu'il y ait tournes ;* c'eſt une conſéquence de nos principes, que chaque héritier n'eſt cenſé rien acquérir de ſes cohéritiers par ces partages & ſubdiviſions, mais eſt cenſé avoir ſeul ſuccédé immédiatement au défunt à tous les effets compris dans ſon lot, à la charge de la tourne, lorſqu'il en eſt chargé.

143. C'eſt pareillement une conſéquence de ces principes, qu'après le partage, les créanciers particuliers de mes cohéritiers, ne peuvent prétendre aucun droit d'hypotheque ſur les héritages & autres immeubles tombés dans mon lot, quoiqu'il ſoit plus fort que ma part héréditaire, & chargé d'un retour ; car étant cenſé, ſelon nos principes, avoir ſeul ſuccédé immédiatement au défunt, & pour le total à toutes les choſes compriſes dans mon lot, & n'étant cenſé avoir rien acquis de mes cohéritiers, les créanciers de mes cohéritiers ne peuvent rien trouver dans les effets de mon lot, qui ait appartenu pour aucune part à leur débiteur, ni qui puiſſe être ſujet à leurs hypotheques, ils n'ont que la voie de ſaiſir & arrêter la ſomme due à leur débiteur pour retour de partage, ſi elle n'a pas encore été payée.

144. La maxime que nous avons poſée ci-deſſus, que les héritages & autres immeubles échus à quelqu'un, lui ſont propres pour le total, tant en matiere de ſucceſſion, que de communauté, eſt pareillement une conſéquence évidente de ces principes.

145. Ces principes, ſur la nature des partages, ont été étendus aux licitations.

On appelle *licitation* un acte par lequel des cohéritiers ou d'autres copropriétaires, qui ont d'une ſucceſſion qui leur eſt échue en commun, ou d'une acquiſition qu'ils ont faite enſemble en commun, quelque héritage qui leur eſt commun & indivis, & qui ne peut ſe partager, ou qu'ils ne jugent pas à propos de partager, conviennent entr'eux qu'il appartiendra pour le total à celui d'entr'eux qui le portera à un plus haut prix, à la charge de donner à chacun des autres dans ce prix, la part qu'il a dans la ſucceſſion ou dans l'acquiſition.

Ces licitations entre cohéritiers ayant le même objet & la même fin que les partages des ſucceſſions, qui eſt de faire ceſſer la communauté & l'indiviſion des biens de la ſucceſſion, ils ſont regardés comme des actes qui tiennent lieu de partage, & qui ſont de la même nature que les partages. Ulpien *en la Loi* 22, §. 1, ff. *famil. erciſc.*, rapporte la licitation parmi

les choſes qui ſont partie de l'office d'un commiſſaire au partage d'une ſucceſſion : *Familiæ erciſcundæ judex..... poteſt etiam licitatione admiſſâ uni rem adjudicare.*

Ces licitations étant des actes qui tiennent lieu de partage, & qui ſont de la nature des partages, on leur a appliqué les mêmes principes que notre Droit François a établi ſur la nature des partages, & que nous venons de rapporter ci-deſſus. La licitation, de même que le partage, n'eſt pas regardée comme un titre d'acquiſition : elle ne fait autre choſe, de même que le partage, que déterminer les parts que chacun des héritiers licitants a dans la ſucceſſion ; celle de celui qui ſe rend adjudicataire par la licitation, eſt déterminée à l'héritage dont il eſt adjudicataire par la licitation, à la charge de payer aux autres, par forme de retour, leur part dans le prix ; & les parts que les autres héritiers licitans ont dans la ſucceſſion, ſont déterminés aux parts du prix que leur doit l'adjudicataire ; & au moyen de l'effet retroactif qu'on donne à la licitation, de même qu'aux partages, l'adjudicataire eſt cenſé avoir ſuccédé immédiatement au défunt pour le total à l'héritage dont il eſt adjudicataire, à la charge de payer à ſes héritiers leur part dans le prix, & n'avoir rien acquis de ſes cohéritiers, qui ſont cenſés remplis du droit indéterminé qu'ils avoient dans la ſucceſſion, pour la part du prix que l'adjudicataire eſt tenu de leur donner, & n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage licité.

146. C'eſt ſur ce principe qu'eſt fondé l'article 80 de la Coutume de Paris, où il eſt dit : » Si l'héritage ne ſe peut partir entre cohéritiers, & ſe licite » par juſtice ſans fraude (1), ne ſont dues aucunes ventes pour l'adjudi» cation faite à un d'eux. »

Cette déciſion eſt une conſéquence des principes que nous venons d'expoſer ; ſi la Coutume décide que l'adjudication faite à l'un des héritiers de l'héritage qui eſt licité entr'eux, ne donne ouverture à aucun profit de vente, c'eſt parce que, ſuivant ces principes, l'adjudicataire n'eſt cenſé rien acquérir de ſes cohéritiers colicitans.

Suivant les mêmes principes, l'héritage qui m'eſt adjugé par licitation, n'eſt point hypothéqué aux créanciers particuliers de mes cohéritiers colicitans, leſquels ſont cenſés n'y avoir jamais eu aucune part.

C'eſt pareillement une conſéquence de ces principes, que l'héritage adjugé par licitation à l'un des héritiers, lui eſt propre pour le total en matiere de ſucceſſion, & par conſéquent, ſuivant notre regle, il eſt propre de communauté, ſauf la récompenſe des ſommes tirées de la communauté pour payer les parts dues dans le prix aux colicitans.

147. Obſervez que ces termes qui ſe trouvent dans l'article 80 de la Coutume de Paris, ci-deſſus rapporté, *ſi l'héritage ne ſe peut partir* ; & ceux-

(1) Ces termes, *ſans fraude*, concernent le cas auquel étant intervenu un partage entre deux héritiers qui auroit aſſigné à chacun des portions diviſées, l'un d'eux feroit enſuite à l'autre une vente de ſa portion diviſée, & pour frauder le Seigneur du profit dû par cette vente, ſupprimeroit l'acte de partage inconnu au Seigneur, & feroit apparoir d'une licitation faite entr'eux de cet héritage, comme s'il reſtoit encore indivis.

ci, *ſe licite par Juſtice*, ne devoient pas s'entendre *reſtrictivè*, mais ſeulement *enuntiativè*, & tout ce que nous venons d'expoſer ſur la nature & les effets d'une licitation, a lieu, 1°. ſoit que l'héritage licité n'ait pu ſe partager, ſoit qu'il ait pu abſolument ſe partager, mais que les parties aient jugé plus à propos de le liciter; 2°. ſoit que la licitation ait été faite devant le Juge, ſur aſſignation; ſoit qu'elle ait été faite volontairement par un acte devant Notaires; 3°. ſoit que la licitation ſe ſoit faite entre les ſeuls héritiers, ſoit qu'on ait admis des étrangers à enchérir, pourvu que l'adjudication ait été faite à un des héritiers. Car la raiſon qui fait regarder la licitation, comme n'étant qu'une eſpece de partage, étant tirée de ce qu'elle a la même fin, qui eſt de faire ceſſer la communauté & l'indivis, on doit dans tous les cas dans leſquels cette raiſon ſe rencontre, regarder la licitation comme un partage, & lui en donner les effets.

148. Non-ſeulement les actes qui ſe font dans la forme de licitation, mais généralement tous les actes qui paroiſſent avoir pour fin principale de faire ceſſer entre cohéritiers la communauté & l'indivis, quelque nom qu'on leur ait donné, ſont, de même que les licitations, regardés comme des actes tenant lieu de partage, & auxquels, de même qu'aux licitations, on donne tous les mêmes effets qu'aux partages.

C'eſt pourquoi, ſi mon cohéritier m'a vendu ſa portion indiviſe dans un héritage de ſa ſucceſſion, quoique l'acte ſoit conçu dans les termes d'une vente de ſa portion dans l'héritage, néanmoins comme on doit dans les actes rechercher plutôt l'intention des parties, que s'attacher aux termes dans leſquels ils ſont conçus, & aux noms qu'il a plu aux Notaires de leur donner; & que la principale fin & intention que les parties paroiſſent avoir eue dans cet acte, de faire ceſſer la communauté & l'indivis par rapport à cet héritage; l'acte, ſuivant notre Juriſprudence, n'eſt pas regardé comme une vente, quoiqu'il ſoit qualifié de ce nom, ni comme une ceſſion; il eſt regardé comme un acte tenant lieu de partage, qui ne fait autre choſe que déterminer nos pars héréditaires par rapport à cet héritage: la mienne par cet acte eſt déterminée à l'héritage pour le total, à la charge de payer à mon cohéritier la ſomme convenue par l'acte, & celle de mon cohéritier eſt déterminée au droit d'exiger de moi cette ſomme: en conſéquence je ſuis cenſé dans ce cas, de même que dans le cas de la licitation, avoir ſuccédé immédiatement au défunt à l'héritage pour le total, à la charge de payer la ſomme à mon cohéritier pour lui tenir lieu de la part indéterminée qu'il avoit à la ſucceſſion: en conſéquence, cet acte ne donne pas plus ouverture aux profits ſeigneuriaux, que la licitation; l'héritage n'eſt ſujet pour aucune partie aux hypotheques des créanciers particuliers de mon cohéritier; il m'eſt propre pour le total en matiere de ſucceſſion, & par conſéquent eſt propre de communauté, ſauf la récompenſe, comme nous l'avons dit ci-deſſus. *Voyez* au Journal du Palais, l'Arrêt du 29 Février 1692.

146. Ce qui a été jugé pour le cas auquel mon cohéritier m'a vendu ſa part indiviſe, doit pareillement avoir lieu dans le cas où il en auroit diſpoſé envers moi par bail à rente rachetable ou non rachetable, ou à quelqu'autre titre commutatif; mais ſi mon cohéritier m'a fait donation de ſa

part indiviſe dans quelqu'héritage de ſa ſucceſſion, ou même en général de tous ſes droits ſucceſſifs, il eſt évident qu'un tel acte, quoiqu'il faſſe ceſſer l'indivis, ne peut être conſidéré comme tenant lieu de partage. Un acte par lequel l'une des parties a tout, & l'autre rien, étant ce qu'il y a de plus contraire à l'eſſence des partages: c'eſt pourquoi cet acte ne pouvant paſſer pour autre choſe que pour une véritable donation, que m'a faite mon cohéritier, les héritages dont il m'a fait donation pour la portion indiviſe qu'il avoit, ſeront acquêts pour cette portion, & par conſéquent conquêts, ſi le don a été fait durant la communauté.

150. Lorſqu'un cohéritier de ma femme, me vend la portion indiviſe d'un héritage qui lui eſt commun avec ma femme; s'il eſt dit par cet acte que j'y parois pour ma femme en qualité de ſon mari, il n'eſt pas douteux que tant qu'elle ne déſavoue pas cet acte, il eſt cenſé n'être autre choſe qu'un acte tenant lieu du partage qui étoit à faire entr'elle & ce cohéritier; il ſuffit même pour cela qu'il ſoit dit qu'un tel a vendu à un tel, *mari d'une telle*; cette qualité de *mari* qu'on lui donne dans l'acte, fait connoître que ce n'eſt pas en ſon propre nom, mais en ſa qualité de mari d'une telle ſa femme, & par conſéquent pour ſa femme, qu'il traite avec le cohéritier de ſa femme.

151. Mais s'il eſt dit ſimplement qu'un tel a vendu à un tel ſa portion indiviſe qu'il a dans un tel héritage qui lui eſt commun avec la femme dudit tel; cet acte doit-il paſſer comme un acte tenant lieu d'un partage que je fais pour ma femme avec le cohéritier de ma femme? Pour la négative, on peut dire, que n'étant pas dit par l'acte que j'y parois au nom de ma femme, ni même en qualité de ſon mari, je ſuis cenſé y paroître en mon ſeul propre & privé nom, & par conſéquent acheter véritablement pour moi la portion du cohéritier de ma femme.

Néanmoins j'inclinerois à dire, que quoiqu'il ne ſoit pas dit dans cet acte que j'y traite au nom de ma femme, & dans la qualité que j'ai de ſon mari, on doit facilement préſumer que c'eſt en cette qualité, plutôt qu'en mon ſeul propre & privé nom, que j'ai traité dans cet acte avec le cohéritier de ma femme; parce que la qualité que j'ai de mari & d'adminiſtrateur de la perſonne, des biens & des affaires de ma femme, doit faire facilement préſumer que dans les actes qui concernent les affaires de ma femme, c'eſt en cette qualité de mari & pour ma femme que j'y procede, quoique cela ne ſoit point exprimé par l'acte: or l'acte dont il eſt queſtion, concerne les affaires de ma femme, puiſqu'il tend à faire ceſſer la communauté & l'indivis qui étoit entre elle & ſon cohéritier; je dois donc être facilement préſumé y avoir traité en ma qualité de mari, & pour ma femme.

Envain oppoſe-t-on qu'un partage de ſucceſſion d'immeubles échue à ma femme, excede mon pouvoir d'adminiſtrateur de ſes biens; car il ſuit ſeulement de-là, que non-ſeulement dans ce cas-ci, mais même dans le cas auquel il ſeroit dit expreſſément par l'acte, que je traite au nom de ma femme, l'acte ne ſeroit pas valable, & n'oligeroit pas ma femme, ſi elle le déſapprouvoit; mais il ne ſuit nullement, que lorſque ma femme ne le dé-

ſapprouve pas, je puiſſe être préſumé avoir traité en ſon nom, & que l'acte ne doive être cenſé tenir lieu du partage qui étoit à faire entre elle & ſon cohéritier, & qu'en conſéquence l'héritage ſoit pour le total un propre de ma femme.

152. Si le cohéritier de ma femme avoit vendu ſa portion indiviſe, tant à moi qu'à ma femme, ſera-t-elle en ce cas un conquêt? La raiſon de douter eſt qu'on ne peut plus dire en ce cas, que je n'ai traité qu'au nom de ma femme & pour ma femme; car on ne peut être cenſé traiter d'une affaire pour une autre perſonne & en ſon nom, que lorſqu'elle n'eſt pas préſente à l'acte, & qu'elle ne traite pas par elle-même de l'affaire; donc dans le cas préſent, où ma femme étoit préſente à l'acte, & autoriſée de moi pour traiter par elle-même, on ne peut dire que je ne traitois dans cet acte qu'en ſon nom & par elle-même: or dira-t-on, ſi j'y traitois en mon nom, ce ne pouvoit être que pour l'acquiſition de la portion indiviſe du cohéritier de ma femme; l'acte eſt donc en ce cas, comme les termes le portent, une véritable vente que le cohéritier de ma femme fait, tant à moi qu'à ma femme, de ſa portion indiviſe dans l'héritage, lequel en conſéquence doit être pour cette portion, conquêt de cette communauté.

Nonobſtant ce raiſonnement, je crois qu'on doit décider autrement: je conviens que le mari a traité en ſon propre nom; mais je ne conviens pas que ce ne pût être que pour faire l'acquiſition de la portion indiviſe du cohéritier de ſa femme: je penſe au contraire, que quoiqu'il ait traité en ſon propre nom, l'acte peut néanmoins paſſer pour n'être autre choſe qu'un acte qui tenoit lieu du partage qui étoit à faire de l'héritage. Qu'avoit-il à faire, dira-t-on, à ce partage?

Je réponds que, quoique ce partage fût principalement à faire entre ſa femme & ſon cohéritier, il concernoit néanmoins le mari à certains égards: ſi la femme avoit cet héritage en commun quant à la propriété avec ſon cohéritier, le mari l'avoit auſſi en commun avec lui quant à la jouiſſance qui appartenoit à ſa communauté pour la portion qu'avoit ſa femme dans cet héritage; la vente que le cohéritier de la femme fait de ſa part au mari & à la femme, peut donc être regardée comme un acte, par lequel, pour faire ceſſer l'indivis qui eſt entre lui & les conjoints, il conſent que l'héritage demeure en entier à la femme pour la propriété, & au mari pour la jouiſſance qu'il en doit avoir pendant la communauté, à la charge de payer à ce cohéritier, par forme convenue par l'acte, laquelle ſera payée par la communauté, qui doit avoir la jouiſſance de l'héritage, & qui en ſera après ſa diſſolution, rembourſée par la femme à qui appartient l'héritage comme propre de communauté.

153. Lorſque la ſucceſſion eſt échue au mari, quoique le cohéritier du mari vende ſa portion indiviſe de quelqu'héritage de la ſucceſſion, au mari & à la femme, qui intervient pour cet effet dans l'acte, je crois que l'acte ne laiſſe pas de devoir paſſer pour n'être autre choſe qu'un acte tenant lieu du partage qui étoit à faire entre le mari & ſon cohéritier, & que ſa femme ne doit être cenſée intervenir à l'acte, que parce qu'elle doit participer pendant la communauté à la jouiſſance de cet héritage, en ſa qualité

de commune, & pour ſe rendre caution pour ſon mari, des obligations qu'il contracte par cet acte avec ſon cohéritier; en conſéquence, l'héritage ne laiſſe pas de devoir être regardé comme un propre de communauté du mari, à la charge de la récompenſe de la ſomme qui en a été tirée pour payer ſon cohéritier.

154. Deux héritiers, l'un paternel, l'autre maternel, au même degré, partagent enſemble le mobilier de la ſucceſſion; l'héritier paternel ayant pris par ce partage une quantité de mobilier, beaucoup plus grande que celle qui lui revenoit pour ſa moitié, donne en retour à l'héritier maternel un héritage propre paternel, auquel il avoit ſeul ſuccédé. On ne peut pas ſuppoſer en ce cas, que l'héritier maternel ait ſuccédé au défunt à cet héritage paternel, puiſqu'il n'étoit pas héritier des propres de cette ligne; cet héritage ne peut donc être conſidéré que comme un acquêt qu'il a fait de l'héritier paternel, pour le retour que l'héritier paternel lui devoit du partage du mobilier qu'ils ont fait enſemble, d'où il ſuit que ſi le partage a été fait pendant la communauté légale de cet héritier maternel avec ſa femme, cet héritage ſera un conquêt de cette communauté.

155. Il en ſeroit autrement, ſi l'héritier paternel avoit donné cet héritage propre paternel à l'héritier maternel, pour tenir lieu de la part qui lui revenoit dans les acquêts du défunt; car les acquêts du défunt, pour la part qui en revenoit à cet héritier maternel, devant être en ſa perſonne des propres, & par conſéquent propres de communauté; l'héritage qui lui a été donné pour lui en tenir lieu, doit pareillement être, par ſubrogation, propre de communauté, ſuivant la regle *infrà*.

156. Il y a quelques Coutumes qui ont des diſpoſitions contraires aux principes que nous avons expoſés ſur la nature & les effets des partages & licitations.

Par exemple, la Coutume de Dunois, *art.* 44, dit » par partage d'au» cuns héritages cenſuels, n'eſt dû profit au Seigneur cenſuel, s'il n'y a » bourſe déliée »

Cette Coutume ayant décidé que le profit de vente eſt dû, lorſque le partage eſt fait *avec bourſe déliée*, c'eſt-à-dire, lorſque l'un des héritiers qui a un lot plus fort que ſa portion héréditaire, eſt chargé d'un retour envers ſon cohéritier qui a un lot plus foible; ou lorſque par licitation, il s'eſt rendu adjudicataire pour le total de l'héritage qui étoit à partager, pour le prix qu'il y a porté; & le profit de vente auquel elle ſoumet en ce cas l'héritier copartageant chargé d'un retour en deniers, ou adjudicataire par licitation à deniers, n'étant autre choſe que le profit qui eſt dû pour les acquiſitions, qui étant faites à prix d'argent, ſont équipollentes à vente, il s'enſuit évidemment que cette Coutume conſidere le partage fait avec retour de deniers, comme une véritable acquiſition, que le copartageant chargé du retour, fait à prix d'argent, de ce dont ſon lot excede ſa portion héréditaire, & pareillement que la licitation eſt une véritable acquiſition à prix d'argent, que l'adjudicataire fait des parts de ſes colicitans dans l'héritage licité.

Cette Coutume ayant conſidéré de cette maniere les partages faits avec

retour de deniers & les licitations ; doit-on en conclure, ſuivant l'eſprit particulier de cette Coutume, que les héritages échus au lot d'un héritier, à la charge d'un retour en deniers, doivent juſqu'à concurrence de ce qu'ils excedent la portion héréditaire de cet héritier, être dans cette Coutume réputés acquêts ; pareillement que l'héritage dont un héritier ſe rend adjudicataire par licitation, doit être pour les portions de ſes cohéritiers réputé acquêt, & par conſéquent conquêt, ſi le partage ou la licitation ſe ſont faits durant la communauté ? Je penſe que même dans cette Coutume & dans celles qui ont une diſpoſition ſemblable, les héritages échus à un héritier par un lot de partage, quoique plus fort que ſa portion héréditaire, ou dont il s'eſt rendu adjudicataire par licitation, ſont propres pour le total en matiere de ſucceſſion, & par conſéquent qu'ils ſont auſſi pour le total propres de communauté, ſauf la récompenſe.

Il eſt vrai que ſuivant l'eſprit particulier de ces Coutumes, oppoſé en cela aux principes expoſés ci-deſſus, qui ſont ſuivis dans les autres Coutumes, il n'eſt point cenſé avoir ſuccédé immmédiatement au défunt à ce qu'il a de plus que ſa portion héréditaire dans l'héritage, dont il s'eſt rendu adjudicataire par licitation, ou dans ceux qui lui ſont échus dans ſon lot de partage, à la charge d'un retour en deniers ; mais s'il n'y a pas ſuccédé immédiatement, il a ſuccédé au droit de l'avoir par l'événement du partage ou de la licitation, que l'indivis de la ſucceſſion qui lui a été déférée indiviſement avec ſes cohéritiers, obligeoit de faire ; ce qui ſuffit pour qu'il ſoit cenſé y avoir ſuccédé, comme nous l'avons établi *ſuprà*, *n.* 121 ; & pour que ce qui lui eſt échu par ſon lot de partage, ou ce dont il s'eſt rendu adjudicataire par licitation, ſoit propre pour le total.

## §. II.

### Seconde Regle.

157. Les acquêts de chacun des conjoints par mariage, ne ſont conquêts, que lorſque le titre ou la cauſe de leur acquiſition n'a pas précédé le temps de leur communauté ; ſinon ils ſont propres de communauté.

Cette regle ſe tire de ces termes du texte, *conquêts faits durant & conſtant leur mariage* : n'y ayant de conquêts que ceux faits *durant & conſtant le mariage*, c'eſt une conſéquence que les héritages, dont le titre d'acquiſition précede le mariage, ne ſont pas conquêts, mais ſont propres de communauté.

On peut apporter pluſieurs exemples de cette regle : Si j'ai acheté avant mon mariage un héritage, dont je n'ai été mis en poſſeſſion que depuis mon mariage, cet héritage ne ſera pas conquêt, mais ſera propre de communauté. Je n'ai à la vérité, commencé à en devenir propriétaire, que lorſque j'en ai été mis en poſſeſſion, & par conſéquent durant la communauté ; mais le titre d'acquiſition qui eſt le contrat de vente qui m'en a été faire, étant antérieur à mon mariage ; l'héritage doit, ſuivant notre regle, être propre de communauté.

Lorſque j'ai commencé, avant mon mariage, de poſſéder ſans titre un héri-

tage, quoique j'en sois devenu propriétaire durant la communauté par l'accomplissement du temps de la possession qui s'est accompli durant la communauté, l'héritage sera propre de communauté ; car ma possession qui est la cause de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage, ayant commencé avant mon mariage, la cause de l'acquisition a précédé le temps de la communauté, & par conséquent l'héritage est, suivant notre regle, un propre de communauté.

158. Notre regle a lieu, quand même le titre qui a précédé le temps de la communauté, n'auroit été ouvert que durant la communauté.

Par exemple, si une personne décédée avant mon mariage, a par une disposition directe ou fidéicommissaire de son testament, disposé à mon profit d'un héritage, sous une condition qui n'a été accomplie que depuis mon mariage; quoiqu'en ce cas, la disposition testamentaire qui est mon titre d'acquisition, n'ait été ouverte que depuis mon mariage & durant la communauté par l'accomplissement de la condition, qui n'a été accomplie qu'en ce temps; car selon notre regle, il suffit pour cela que le testament qui renferme cette disposition, qui est mon titre d'acquisition, ait précédé mon mariage, quoiqu'elle n'ait été ouverte que depuis.

Mais si le testateur n'étoit mort que depuis mon mariage, quoique le testament ait été fait & rédigé auparavant, mon titre d'acquisition ne sera censé avoir précédé mon mariage, & l'héritage sera en conséquence conquêt de ma communauté ; car un testament étant essentiellement la derniere volonté du testateur ; ne pouvant être que par sa mort sa derniere volonté, il ne peut être véritablement testament que par la mort du testateur ; ce n'est auparavant qu'un projet, d'où il ne résulte aucun droit, & qui ne doit acquérir son être de testament, qu'à la mort du testateur.

159. Suivant notre principe, quoique la donation faite à l'un des conjoints par le contrat de mariage, soit toujours censée faite sous la condition tacite, *si nuptiæ sequantur* ; & qu'en conséquence elle ne soit ouverte qu'au temps du mariage, néanmoins l'héritage donné par contrat de mariage, est propre de communauté ; car le contrat de mariage qui renferme la donation, est un titre qui précéde le mariage.

La Coutume d'Orléans *art.* 211, en a une disposition formelle. Il y est dit : » chose immeuble donnée à l'un des conjoints par traité & en » faveur de mariage, est propre au donataire, s'il n'est dit au contraire », ( c'est-à-dire, s'il n'est dit qu'elle est donnée pour être ameublie à la communauté. )

Cette disposition de la Coutume d'Orléans, étant fondée sur les principes généraux de la matiere de la communauté, qui servent à distinguer les conquêts & les propres de communauté, doit être suivie dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Voyez *infrà*, ce que nous avons dit sur la *cinquieme regle*, où nous traitons plus amplement des donations faites par contrat de mariage.

160. Notre regle a lieu, quand même le titre d'acquisition qui a précédé le mariage, auroit été d'abord invalide & sujet à rescision, & n'auroit été confirmé que durant la communauté.

Par

Par exemple, ſi on m'a vendu avant mon mariage un héritage pour une ſomme au-deſſous de la moitié du juſte prix, quoique ce ſoit durant ma communauté que j'aie validé cette vente, en payant au vendeur le ſupplément du juſte prix, l'héritage ſera propre de communauté; car ce n'eſt pas le paiement que j'ai fait du ſupplément du juſte prix, qui eſt mon titre d'acquiſition, c'eſt la vente qui m'a été faite avant mon mariage : le paiement du ſupplément ne fait que la confirmer.

Par la même raiſon, ſi j'ai acheté d'un mineur un héritage avant mon mariage, quoique le mineur devenu majeur, n'ait ratifié que durant la communauté, l'héritage ſera propre de communauté; car ce n'eſt pas la ratification intervenue durant la communauté, qui eſt le titre d'acquiſition de cet héritage, c'eſt la vente qui m'en a été faite par ce mineur avant mon mariage; la ratification ne fait que la confirmer.

Il faudroit décider autrement dans le cas auquel j'aurois acheté avant mon mariage un héritage d'une femme ſous puiſſance de mari, qui me l'auroit vendu ſans être autoriſée, & qui depuis étant devenue veuve, auroit par une convention intervenue entr'elle & moi, depuis mon mariage, ratifié & conſenti l'exécution de la vente qu'elle m'en avoit fait auparavant; l'héritage en ce cas eſt conquêt; la vente qui m'en avoit été faite avant mon mariage, étoit un acte abſolument nul, qui n'étoit pas par conſéquent ſuſceptible de confirmation : la convention intervenue entre cette femme, devenue veuve, & moi, depuis mon mariage durant la communauté, ne peut donc pas paſſer pour une confirmation de celle qu'elle m'avoit faite avant mon mariage, laquelle étant abſolument nulle, n'en étoit pas ſuſceptible : elle eſt une nouvelle vente que cette femme m'a fait de ſon héritage, elle eſt le véritable & ſeul titre d'acquiſition de cet héritage; ce titre étant du temps de ma communauté, l'héritage eſt conquêt.

161. Lorſque j'ai achété avant mon mariage un héritage que quelqu'un m'a vendu au nom & comme ſe faiſant fort de celui qui en étoit le propriétaire, de qui il n'avoit pas de procuration; quoique ce propriétaire n'ait ratifié que depuis mon mariage, & que je ne ſois par conſéquent devenu propriétaire de l'héritage que depuis mon mariage, la propriété n'ayant pu m'en être transférée que par ſon conſentement, néanmoins on doit décider en ce cas que l'héritage eſt propre de communauté : car c'eſt la vente qui en a été faite avant mon mariage, qui eſt mon titre d'acquiſition; la ratification du propriétaire, intervenue depuis mon mariage, n'a fait que le confirmer. En ratifiant ce qui s'eſt fait en ſon nom, il eſt cenſé l'avoir fait lui-même, ſuivant cette regle, *ratihabitio mandato comparatur*; & celle-ci, *qui mandat, ipſe feciſſe videtur.*

162. Lorſque celui qui m'a vendu avant mon mariage un héritage dont il n'étoit pas le propriétaire, ne me l'a pas vendu au nom du propriétaire, mais en ſon propre nom; ſi depuis mon mariage le propriétaire s'eſt préſenté, a juſtifié de ſon droit de propriété, & par une convention intervenue entre lui & moi, a conſenti que l'héritage me demeurât pour une ſomme que je lui ai payée pour le prix, ou que je me ſuis obligé de lui payer, ſoit que cette ſomme fût pareille à celle pour laquelle je l'avois achetée

de mon premier vendeur, soit qu'elle fût différente, on doit décider en ce cas que l'héritage est conquêt : car cette convention n'est pas une confirmation de la vente qui m'avoit été faite. c'est une nouvelle vente qu'il me fait de son héritage ; c'est cette nouvelle vente qui est mon titre d'acquisition, & non celle qui m'avoit été faite avant mon mariage, puisque ce n'est qu'en vertu de cette nouvelle vente, & nullement en vertu de l'autre, que j'ai acquis la propriété de l'héritage : cet héritage est donc conquêt, puisque le titre d'acquisition est du temps de la communauté.

163. Il faudroit décider autrement, si par la convention intervenue entre le propriétaire de l'héritage & moi, ce propriétaire eût seulement consenti que l'héritage me demeurât, en se réservant la répétition du prix contre mon vendeur, à qui je l'ai payé, pour laquelle répétition il a l'action qu'a le propriétaire d'une chose contre celui qui s'en est mis en possession, & qui l'a vendue, dont nous avons traité en notre ouvrage sur le Contrat de Vente ; *part.* 2 *chap.* 4 : car en ce cas, je continue de posséder l'héritage en vertu de la vente qui m'a été faite avant mon mariage : le propriétaire ne me fait pas une nouvelle vente ; il ne fait que consentir l'exécution de celle qui m'a été faite.

164. Lorsque j'ai acheté avant mon mariage un héritage de quelqu'un qui me l'a vendu comme en étant le propriétaire ; si depuis mon mariage une autre personne a donné une demande en revendication de cet héritage, & que sur cette demande, par une transaction, sans décider la question du droit de propriété de cet héritage, elle se soit désistée de sa demande pour une somme que je lui ai donnée, l'héritage sera propre de communauté : car la transaction qui est par sa nature *de re incertâ & dubiâ*, n'ayant pas décidé la question de la propriété de l'héritage, celui qui m'a vendu l'héritage avant mon mariage est, en conséquence de la possession qu'il en avoit, réputé en avoir été le propriétaire, tant que le contraire n'est pas justifié, & m'en avoir en conséquence transféré la propriété en exécution de la vente qu'il m'en a faite : c'est cette vente qui est mon seul & véritable titre d'acquisition de l'héritage, & non la transaction par laquelle je suis censé avoir acquis plutôt le désistement du procès qu'on me faisoit sur cet héritage, que l'héritage même.

165. Lorsqu'une commission qu'avoit le mari avant son mariage, est érigée en titre d'office qu'il acquiert durant le mariage, il n'est pas douteux que l'office est conquêt ; quand même la commission qu'il avoit avant le mariage, auroit pu lui servir à obtenir la préférence pour l'acquérir, on ne peut pas dire qu'il l'a acquis en vertu du droit antérieur au mariage ; car on ne peut pas avoir de droit à ce qui n'existe pas.

Mais lorsque le mari avoit un office avant son mariage, qui a été supprimé durant le mariage, & ensuite rétabli moyennant finance, sans que le mari ait été obligé de prendre de nouvelles provisions, cet office rétabli, est censé le même office qu'il avoit avant le mariage, & est par conséquent propre de communauté ; la suppression est censée en ce cas s'être convertie en une simple taxe.

### Troisieme Regle.

166. L'héritage acquis par l'un des conjoints en vertu d'un droit, qui de ſa nature n'eſt pas ceſſible, eſt propre de communauté, quoique le droit ſoit né durant la communauté.

Cette regle reçoit ſon application au droit de retrait lignager. Quoique le droit de retrait lignager ſoit né durant le mariage, par la vente qui a été faite durant ce temps, d'un héritage que l'un des conjoints avoit droit de retirer par retrait lignager, l'héritage que ce conjoint a acquis par le retrait lignager qu'il a exercé, eſt propre de communauté; car le droit de retrait lignager étant un droit qui par ſa nature n'eſt pas ceſſible, & que le lignager à qui il appartient, ne peut exercer pour le compte d'un autre, ni en total, ni pour partie, il s'enſuit que le conjoint lignager n'a pu exercer ce droit que pour ſon compte ſeul, & non pour le compte de ſa communauté; d'où il ſuit que l'héritage qu'il a acquis en vertu de ce droit, & auquel ce droit s'eſt terminé, lui eſt propre de communauté.

La Coutume d'Orléans, *art.* 382, en a une diſpoſition, qui étant fondée ſur des principes pris dans la nature des choſes, doit être ſuivie dans les autres Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. Il y eſt dit: » Si le mari, à » cauſe de ſa femme, retrait quelque héritage, il eſt fait propre d'icelle » femme. «

Bien entendu, à la charge de la récompenſe envers la communauté, ſur laquelle la Coutume s'explique dans la ſuite dudit article.

Par la même raiſon, ſi le mari exerce durant le mariage le retrait lignager d'un héritage de ſa famille, il lui eſt pareillement propre de communauté.

167. Il en eſt autrement du retrait conventionnel: ce droit étant ceſſible, & capable par conſéquent d'entrer en communauté; lorſque ce droit eſt né durant le mariage, par la vente qui a été faite durant ce temps, de quelque héritage ſujet à ce droit, il tombe dans la communauté; & l'héritage acquis en vertu de ce droit, eſt conquêt, comme nous l'avons déja vu *ſuprà*, *n.* 125.

### Quatrieme Regle.

168. Les héritages, ou autres immeubles donnés à l'un ou à l'autre des conjoints entre-vifs, ou par teſtamment, ſont conquêts de leur communauté légale, ſauf en trois cas: 1°. Lorſque la donation précede le temps du mariage, quoiqu'elle ſoit faite en faveur du mariage & par le contrat de mariage: 2° Lorſqu'elles ſont des avancemens de ſucceſſion, ou actes qui en tiennent lieu: 3°. Lorſqu'elles ſont faites à la charge que les choſes données ſeront propres au donataire.

Cette regle eſt tirée de l'article 246 de la Coutume de Paris, qui eſt conçu en ces termes: » Choſe immeuble donnée à l'un des conjoints pen- » dant leur mariage, à la charge qu'elle ſera propre de communauté, ne » tombe en communauté; mais ſi elle eſt donnée ſimplement à l'un des » conjoints, elle eſt commune, fors & excepté les donations faites en ligne » directe, leſquelles ne tombent en communauté. «

Cette disposition de la nouvelle Coutume de Paris a été inférée précisément dans les mêmes termes, dans l'article 211 de notre nouvelle Coutume d'Orléans, qui a été rédigée trois ans après celle de Paris par les mêmes Commissaires.

Notre Coutume d'Orléans, pour plus grande explication, a ajouté en fin dudit article 211 ce qui suit, qui n'étoit que sous-entendu dans celle de Paris : » Mais la chose immeuble donnée à l'un des conjoints par traité & en » faveur de mariage, est propre au donataire, s'il n'est dit autrement. » (C'est-à-dire, s'il n'est dit expressément que la chose est donnée pour être ameublie à la communauté.)

Ces dispositions des Coutumes de Paris & d'Orléans ne sont pas des dispositions locales; elles sont puisées dans les principes généraux de la matiere de la communauté entre conjoints par mariage, & doivent par conséquent être suivies par-tout où cette communauté a lieu.

Cette communauté est en cela plus étendue que la société universelle que deux personnes contracteroient de tous les gains & profits qu'ils feroient durant le cours de cette société. Cette société qu'on appelle en Droit, *societas universorum quæ ex quæstu veniunt*, ne comprend que ce qui est acquis à titre de commerce, *aut ex re communi*, & ne s'étend pas à ce qui est donné à l'un des associés; L. 9, 10, 11, 71, §. 1, ff. *pro socio.*

169. Le premier cas d'exception que nous avons proposé par cette quatrieme regle, est une suite de notre seconde regle.

Suivant cette regle, les héritages dont le titre d'acquisition précede le mariage, ne sont pas conquêts, mais sont propres de communauté : or le contrat de mariage doit toujours précéder le mariage : les donations faites par le contrat de mariage des conjoints, sont donc propres de communauté à celui des conjoints à qui elles ont été faites.

Ce cas d'exception est aussi formellement exprimé en fin de l'article 211 de la Coutume d'Orléans, que nous avons ci-dessus rapporté.

170. Cela a lieu quand même la donation auroit été faite aux deux futurs conjoints; l'héritage ne seroit pas pour cela conquêt, mais il seroit propre de communauté pour moitié, de chacun des conjoints; ce qui est fort différent : car le mari ne peut en ce cas disposer de la moitié qui appartient à sa femme, sans le consentement de sa femme; & la femme, ou ses héritiers peuvent, en cas de rénonciation à la communauté, retenir comme un propre la moitié de cet héritage; au-lieu que s'il étoit conquêt, le mari pourroit sans le consentement de sa femme disposer du total; & s'il n'en avoit pas disposé, la femme ni ses héritiers ne pourroient, en cas de rénonciation, y prétendre aucune part.

Quoique les termes de la donation de quelque héritage, faite par le contrat de mariage, expriment qu'elle est faite *aux futurs époux*, néanmoins lorsque l'un des futurs est un des enfans & descendans du donateur, ou même son héritier présomptif en ligne collatérale, le donateur est facilement présumé n'avoir entendu faire sa donation qu'à lui, & ne s'être servi de ces termes, *aux futurs époux*, que par rapport à la jouissance de l'héritage, qui devoit être commune aux futurs pendant leur communauté : c'est pourquoi l'héritage lui sera pour le total propre de communauté.

Il y a plus: lorſque par le contrat de mariage, un parent de la ligne directe aſcendante de la future épouſe, ou même ſon proche parent en collatérale, dont elle eſt l'héritiere préſomptive, a fait donation de quelque héritage en ces termes, *en faveur de mariage a donné au futur époux tel héritage*; quoiqu'il ne ſoit pas parlé, par la donation, de la future épouſe, néanmoins le donateur eſt facilement préſumé avoir voulu donner à la future épouſe, & n'avoir pas entendu donner *au futur époux* en ſon propre nom, mais en ſon nom & qualité d'époux & de mari, comme ayant en cette qualité de mari, qualité pour accepter & recevoir ce qui eſt donné pour la dot de ſa femme.

C'eſt ce que nous enſeigne Dumoulin dans l'eſpece d'une donation faite par contrat de mariage par le pere de la future épouſe au futur époux: *Quamvis verba*, dit-il, *non concipiantur in filiam, ſed in futurum generum; niſi ſpecialiter dicatur genero pro ſe & ſuis, non cenſetur ei data in ſponſalitiam largitatem, ſed in dubio cenſetur ei datum in dotem, & pro dote ſponſæ. . . . videtur ipſi mulieri dare, non autem viro niſi in qualitate viri . . . manet ergo domus dotalis & proprium patrimonium filiæ.*

Quelques Coutumes ont, par une diſpoſition expreſſe, autoriſé ces préſomptions, & en ont fait des preſomptions de Droit. Celle du Maine, *art.* 345., dit: » *Donation faite en faveur de mariage d'héritier ou d'héritiere préſomptive du donneur* . . . . ſuppoſé qu'elle ſoit faite aux deux conjoints, ou » à celui d'eux qui n'eſt héritier du donneur, eſt vue etre faite en faveur du parent ou parente du donneur, *&c.*

Dans les autres Coutumes il eſt laiſſé à l'arbitrage du Juge à décider les circonſtances, à qui la donation doit être préſumée faite.

Obſervez que lorſque la donation eſt faite par contrat de mariage par un parent de la future *au futur époux*, on peut, ſelon les circonſtances, avoir quelque prétexte pour l'entendre d'une donation faite à la future, comme nous l'avons vu ci-deſſus; *contrà vice verſâ*, lorſqu'elle eſt faite *à la future épouſe* par un parent du futur, il n'y a aucun prétexte, ni aucune couleur ſous laquelle on puiſſe ſe diſpenſer de regarder cette donation, autrement que comme faite effectivement & véritablement à la future.

171. Le ſecond cas d'exception que nous avons propoſé, eſt lorſque la donation eſt un avancement de ſucceſſion, ou un acte qui en tient lieu, c'eſt une ſuite de notre premiere regle. Suivant cette regle, il n'y a que les acquêts qui puiſſent être conquêts; les immeubles donnés en avancement de ſucceſſion étant propres, & non acquêts, ils ne peuvent être conquêts.

La Coutume de Paris en l'article 246, ci-deſſus rapporté, fait mention de notre ſecond cas d'exception en ces termes: *Fors & excepté les donations faites en ligne directe, leſquelles ne tombent en communauté.*

172. Néanmoins, ſi le pere ou la mere de l'un des conjoints, par la donation qu'ils lui ont faite d'un héritage, ſoit par le contrat de mariage, ſoit depuis le mariage, avoient expreſſément déclaré par l'acte de donation, que leur volonté étoit que l'héritage donné, entrât en la communauté de ce conjoint, cet héritage y entreroit, cette clauſe de la donation ſeroit une eſpece d'ameubliſſement de cet héritage.

173. Lorſqu'un pere, par la donation qu'il a faite d'un héritage à ſon gendre & à ſa fille pendant leur communauté, a déclaré qu'il le leur donnoit pour appartenir à chacun d'eux par moitié, eſt-il cenſé par cette clauſe avoir voulu que l'héritage entrât en leur communauté? Non; mais il eſt cenſé, ſelon le ſens obvie des termes, avoir donné une moitié de cet héritage à ſa fille, & l'autre moitié à ſon gendre; en conſéquence, l'héritage pour la moitié qui a été donné à la fille, ſera propre de la fille, & il ſera pour l'autre moitié qui a été donnée au gendre, un conquêt de leur communauté: en conſéquence, lors de la diſſolution de la communauté, au cas qu'elle ſoit acceptée par la femme ou ſes héritiers, l'homme n'aura qu'un quart du total de cet héritage. Si c'étoit par le contrat de mariage, que la donation eût été faite de cette maniere, il ſeroit propre à chacun d'eux pour moitié.

174. La Coutume s'étant exprimée indiſtinctement par ces termes, *en ligne directe*, on a fait la queſtion, ſi les héritages donnés par un enfant à ſon pere pendant le mariage de ſon pere, étoient dans le cas de l'exception, & devoient être propres de communauté à ſon pere? Renuſſon décide pour l'affirmative, & il ſe fonde ſur ce que la Coutume s'eſt exprimée indiſtinctement, ſans diſtinguer la ligne deſcendante de l'aſcendante. Je crois qu'il ſe trompe; ſi la Coutume n'a pas exprimé la diſtinction de la ligne deſcendante, & de l'aſcendante, c'eſt qu'il a paru que cette diſtinction ſe ſous-entendoit aſſez facilement, ſans qu'il fût beſoin de l'exprimer: en effet, cette exception n'eſt fondée que ſur ce que les donations en ligne directe ſont des avancemens de ſucceſſion, ou des actes qui en tiennent lieu, & conſéquemment que les héritages ou autres immeubles donnés en ligne directe, ſont des propres, & non des acquêts qui ne peuvent par conſéquent être *conquêts*: or il eſt évident que cette raiſon ne peut recevoir d'application qu'aux donations faites à l'un des conjoints par quelqu'un de ſes parens de la ligne directe aſcendante, n'y ayant que ces donations qui ſoient des avancemens de ſucceſſion, on ne peut pas dire de même, que les donations faites à l'un des conjoints par quelqu'un de ſes enfans, ſoient un avancement de ſucceſſion; ce ſeroit pervertir l'ordre de la nature. Les héritages donnés à ce conjoint par un de ſes enfans, ne ſont donc pas dans le cas de l'exception; ils ne ſont pas des propres, ce ſont des acquêts, & par conſéquent des conquêts, ſi la donation a été faite pendant le mariage.

Cela a lieu, quand même la femme de celui à qui la donation a été faite, ne ſeroit que la belle-mere du donateur. Si l'enfant donateur a fait cette donation en majorité, & après que ſon pere lui a rendu compte, cette donation ſera valable, & l'héritage donné entrera dans la communauté qui eſt entre ſon pere & ſa belle-mere, s'il n'eſt pas ſtipulé par l'acte qu'il ſera propre au donataire.

En vain dira-t-on qu'il n'eſt pas préſumable que l'enfant, en donnant un héritage à ſon pere, ait eu intention que ſa belle-mere en profitât: ſi le donateur ne vouloit pas qu'elle en profitât, il étoit en ſon pouvoir de l'empêcher, en appoſant à ſa donation la clauſe, que l'héritage donné ſe-

roit propre au donataire. Lorſqu'il ne l'a pas appoſée, il eſt cenſé avoir conſenti que ſa belle-mere pût profiter de la donation, comme commune.

175. La Coutume de Paris n'excepte que les donations *en ligne directe*, parce que, ſuivant la Coutume de Paris & ſuivant le droit commun, il n'y a que les donations en ligne directe qui ſoient réputées *avancement de ſucceſſion*. Dans les Coutumes qui regardent auſſi comme *avancemens de ſucceſſion* les donations faites à l'héritier préſomptif en collatérale, les héritages donnés, durant le mariage, à l'un des conjoints, héritier préſomptif en collatérale du donateur, doivent être auſſi compris dans notre ſecond cas d'exception, comme nous l'avons vu ſur la premiere regle.

176. Le troiſieme cas d'exception propoſé par notre quatrieme regle, eſt lorſque la donation eſt faite à la charge que la choſe donnée ſera propre au donataire. La Coutume de Paris dans l'article que nous avons ci-deſſus rapporté, en fait mention; il y eſt dit: » Choſe immeuble donnée » à l'un des conjoints, pendant leur mariage, à la charge qu'elle ſera pro» pre au donataire, ne tombe en communauté. »

Nous avons déja parlé de cette clauſe *ſuprà*, *n.* 102, dans le cas auquel elle eſt appoſée à une donation d'une ſomme d'argent, ou d'autres choſes mobilieres; auquel cas, de même que dans ce cas-ci, la clauſe que les choſes données ſeront propres au donataire, les empêche d'entrer dans la communauté.

Cela eſt fondé ſur ce principe de la raiſon naturelle, qu'il eſt permis à celui qui donne quelque choſe, de la donner ſous telles conditions, & ſous telles reſtrictions que bon lui ſemble. Lors donc que le donateur n'a donné qu'à condition que les choſes qu'il donnoit, n'entreroient pas dans la communauté du donataire, ce qu'il a ſuffiſamment témoigné, en déclarant qu'elles ſeroient propres au donataire, les choſes données n'y doivent pas entrer.

177. Obſervez que lorſque la donation eſt une donation entre-vifs, cette clauſe pour être valable, doit être appoſée incontinent par l'acte de donation: inutilement ſeroit elle appoſée *ex intervallo* après la concluſion de l'acte, par une convention qui interviendroit entre le donateur & le donataire. La raiſon eſt, que les donations entre-vifs recevant toute leur perfection auſſi-tôt que l'acte eſt achevé, il ne peut plus être au pouvoir du donateur d'en changer l'effet: les choſes données ayant ceſſé dès-lors d'appartenir au donateur, le donateur n'en ayant plus en conſéquence la diſpoſition, il ne peut plus rien preſcrire ni ordonner par rapport à ces choſes. D'ailleurs, les choſes données ayant été auſſi-tôt la perfection & la concluſion de la donation, acquiſes à la communauté, elle n'en peut plus être dépouillée.

Cela a lieu, quand même l'autre conjoint interviendroit à la convention faite *ex intervallo*, & donneroit ſon conſentement à la clauſe, que l'héritage donné ſeroit propre au conjoint donataire: car ce conſentement ſeroit un avantage qu'il feroit au conjoint donataire durant le mariage, ce qui n'eſt pas permis, nos Loix ayant interdit tout avantage direct ou indirect entre conjoints durant le mariage.

Lorſque la donation eſt une donation teſtamentaire, ces donations n'étant parfaites que par la mort du teſtateur, il eſt toujours au pouvoir du teſtateur, tant qu'il vit, d'y appoſer cette clauſe.

178. Quand même j'aurois ſouſcrit au contrat de mariage de mon héritier préſomptif, par lequel il étoit convenu que tout ce qui adviendroit à chacun des conjoints pendant le mariage, par ſucceſſion, donation, ou autrement, entre-vifs, entreroit en communauté, cela ne m'empêcheroit pas de pouvoir appoſer valablement à la donation que je lui ferois depuis durant le mariage, la condition que les choſes données n'entreront pas en communauté: car en ſouſcrivant au contrat de mariage où étoit cette convention, je ne me ſuis pas pour cela obligé à rien laiſſer de mes biens à ce conjoint, qui étoit mon héritier préſomptif: ayant donc été le maître de diſpoſer de mes biens envers d'autres perſonnes, & de ne lui en rien laiſſer, il a dû être en mon pouvoir, en les lui donnant, d'appoſer à ma donation telles conditions que bon m'a ſemblé.

179. Dans la donation qui eſt faite à l'un des conjoints durant le mariage, la clauſe que l'héritage donné lui ſera propre, doit être expreſſe; elle ne s'infere pas de ce qu'il a été donné à la charge d'une ſubſtitution; l'héritage donné ne laiſſe pas de tomber en ce cas dans la communauté, avec la charge de la ſubſtitution; & la communauté venant à ſe diſſoudre par la mort de l'autre conjoint, ſes héritiers prennent leur part dans cet héritage, & en jouiſſent juſqu'à l'ouverture de la ſubſtitution.

180. La clauſe appoſée à la donation que le donateur fait de quelque héritage à l'un des conjoints ſon héritier préſomptif en ligne collatérale, que la donation lui eſt faite en avancement de ſa ſucceſſion, renferme-t-elle la clauſe que l'héritage donné ſera propre au donataire? Je penſe qu'elle la renferme. Il eſt vrai que cette clauſe, que la donation eſt faite en avancement de ſucceſſion, ne peut pas avoir l'effet que la donation ſoit véritablement avancement de ſucceſſion; car un avancement de ſucceſſion eſt l'acquittement que quelqu'un fait d'avance de la dette naturelle de ſa ſucceſſion. Il eſt impoſſible que la donation que quelqu'un fait à ſon héritier préſomptif, en ligne collatérale, ſoit un acquittement anticipé de la dette naturelle de ſa ſucceſſion, puiſque nous ne devons pas notre ſucceſſion à nos héritiers collatéraux, & qu'il répugne qu'on s'acquitte de ce qu'on ne doit pas; cette donation ne peut donc pas être un avancement de ſucceſſion, quelque clauſe qu'on ait appoſée. Il eſt vrai auſſi que cette clauſe ne peut pas avoir l'effet de donner à l'héritage la qualité de bien patrimonial, & d'empêcher qu'il ne ſoit acquêt, tant qu'il n'a pas encore été rapporté à la ſucceſſion du donateur, les qualités de bien patrimonial & d'acquêt ne dependant pas de la volonté des perſonnes, mais de la nature du titre; mais ſi cette clauſe ne peut pas avoir ces effets, que la nature des choſes ne permet pas qu'elle puiſſe avoir, elle doit avoir ceux que le donateur, qui l'a appoſée à ſa donation, a pu lui procurer, & par conſéquent elle doit avoir non-ſeulement l'effet, que le donataire ſoit tenu, lorſqu'il viendra à la ſucceſſion du donateur, d'y rapporter & d'y précompter ſur ſa part héréditaire, l'héritage qui lui a été donné ſous cette clauſe, mais elle doit pareillement

reillement avoir l'effet que l'héritage ſoit un propre de communauté du donataire, & ne tombe pas plus dans ſa communauté, que s'il lui étoit échu de la ſucceſſion du donateur.

181. Lorſque quelqu'un a fait, durant la communauté, à l'un des conjoints don ou legs d'une rente viagere, avec l'expreſſion, que c'étoit *pour ſes alimens*, le donateur me paroît en ce cas avoir par cette expreſſion ſuffiſamment déclaré ſa volonté, que la rente demeurât propre au conjoint donataire, ſans que lors de la diſſolution de la communauté, les héritiers de l'autre conjoint puiſſent prétendre aucune part dans les arrérages qui courront depuis la diſſolution de communauté.

Quoique le teſtateur n'ait pas exprimé qu'il léguoit la rente viagere pour les alimens du légataire, cela peut facilement ſe préſumer, ſoit par la qualité de la perſonne du légataire, ſoit par d'autres circonſtances : comme lorſqu'un maître a légué une rente viagere à un domeſtique, le legs eſt préſumé fait pour ſes alimens, quoique cela ne ſoit pas exprimé, & il ne tombe pas par conſéquent dans la communauté du légataire, ſi ce n'eſt pour les arrérages qui en courront pendant que la rente durera.

Cette préſomption n'a pas ſi facilement lieu dans les donations entre-vifs, qui ne ſont pas ſuſceptibles d'une interprétation auſſi étendue que les teſtaments.

182. Il nous reſte à obſerver que la clauſe que l'héritage donné ſera propre au donataire & n'entrera pas dans la communauté, ne concerne que la propriété de cet héritage ; elle n'empêche pas que les jouiſſances & revenus de cet héritage ne tombent dans la communauté tant qu'elle durera, de même que les jouiſſances des autres propres de conjoints y tombent ; ce qui a lieu, à moins que le contraire ne fût convenu expreſſément : car le donateur étant le maître de donner ſous telle condition que bon lui ſemble, il peut valablement ſtipuler que l'héritage qu'il donne, n'entrera dans la communauté, ni pour le fonds, ni pour les jouiſſances, & que le donataire aura la repriſe de celles qui y ſeront tombées ; mais cette clauſe étant inſolite, doit être bien expreſſe.

183. Aux trois exceptions que nous venons d'expoſer, on peut en ajouter une quatrieme, qui eſt que les dons ou legs, quoique faits durant le mariage, ne tombent pas en communauté, lorſque la choſe donnée ou léguée à l'un des conjoints, eſt de nature à ne pouvoir ſubſiſter que dans la perſonne du conjoint à qui elle eſt léguée, & eſt incommuniquable à d'autres. «

Par exemple, ſi mon créancier d'une rente ou de quelqu'autre choſe, me fait par don ou legs, durant mon mariage, remiſe de ce que je lui dois, ce don ou legs par la nature de la choſe donnée ou léguée, ne peut tomber dans ma communauté, & j'en dois ſeul profiter ; la libération & la décharge d'une dette eſt quelque choſe qui ne peut ſubſiſter que dans celui qui en eſt le débiteur ; & il n'y a que lui qui en puiſſe profiter.

Il en ſeroit autrement ſi le legs ne portoit pas que le teſtateur fait remiſe à un tel de la rente qu'il lui doit ; mais qu'il fût dit qu'il legue à tel la rente qu'il lui doit : en ce cas la rente due par le conjoint légataire, tomberoit dans ſa communauté : car la rente qu'il doit, eſt une choſe qui peut y tom-

ber. Il eſt vrai qu'il ſe feroit en ce cas confuſion & extinction de la rente, pour la part que le conjoint légataire, débiteur de cette rente, a dans les biens de ſa communauté; mais il en demeurera débiteur pour moitié envers l'autre conjoint, qui a moitié dans les biens de la communauté.

184. On peut apporter pour ſecond exemple le legs qui me ſeroit fait durant mon mariage, d'un droit de ſervitude prédiale, pour la commodité de mon héritage propre de communauté, ſur un héritage du teſtateur, voiſin du mien; ce legs, par la nature de la choſe léguée, ne peut tomber dans ma communauté: car un droit de ſervitude prédiale eſt inſéparable de l'héritage pour lequel il eſt conſtitué, & ne peut appartenir à d'autre qu'au propriétaire de cet héritage.

Il ne faut pas dire la même choſe du legs d'un uſufruit fait à l'un des conjoints pendant le mariage; ce legs tombe en communauté: car quoique le fonds du droit d'uſufruit, *ipſum jus uſusfructus*, ſoit attaché à la perſonne de l'uſufruitier & ne puiſſe paſſer à d'autres, néanmoins, quant à l'émolument qu'il renferme, il eſt ceſſible & communiquable, *uſusfructus vendi & locari poteſt*, & par conſéquent il peut tomber dans la communauté du légataire à qui il eſt légué.

### Cinquieme Regle.

185. Lorſque l'un des conjoints rentre, durant le mariage, dans un héritage par la reſciſion, la réſolution, ou la ſimple ceſſation de l'aliénation qu'il en a faite, il redevient propriétaire au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a aliéné.

### Corollaire premier.

Il ſuit de cette regle, que l'héritage dans lequel l'un des conjoints eſt rentré durant le mariage, n'entre pas dans la communauté légale, ſi ce n'eſt qu'il eût été conquêt lors de l'aliénation qui en a été faite durant le mariage, auquel cas il redevient conquêt, tel qu'il étoit.

### Corollaire II.

Lorſque l'héritage dans lequel le conjoint eſt rentré durant le mariage, a été aliéné avant le mariage, il ne peut jamais être conquêt; car le titre auquel il en étoit propriétaire, lorſqu'il l'a aliéné, & qui revit, précédoit en ce cas néceſſairement le temps du mariage: or ſuivant notre ſeconde regle, il n'y a de conquêts que les acquêts dont le titre ne précede pas le temps du mariage.

Cette regle eſt évidente auſſi-bien que ſes corollaires: n'y ayant aucun nouveau titre d'acquiſition, en vertu duquel le conjoint redevienne propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre, il eſt néceſſaire que ce ſoit au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a aliéné; lequel titre revit en ce cas par la reſciſion, réſolution ou ceſſation de l'aliénation qui avoit été faite de l'héritage.

186. Notre cinquieme regle comprend trois cas:

Le premier cas eſt celui auquel le conjoint rentre dans un héritage par

la reſciſion de l'aliénation qu'il en avoit faite : nous pouvons ſuppoſer pour exemple de ce cas, que le conjoint a vendu un héritage, & que ſur des lettres de reſciſion obtenues contre le contrat de vente, ſoit de ſa part, ſoit de la part de l'acheteur, le contrat ayant été déclaré nul & les parties miſes au même état qu'avant le contrat, il eſt rentré dans l'héritage qu'il a vendu ; y étant rentré par la reſciſion de la vente & de l'aliénation qu'il en avoit faite, on doit dire, ſuivant notre regle, qu'il en eſt redevenu propriétaire au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a aliéné : on peut même dire dans ce cas, pour raiſon ſurabondante, que l'aliénation ayant été reſcindée & aliénée, le conjoint eſt cenſé n'avoir pas aliéné ſon héritage, & en être toujours demeuré propriétaire au même titre auquel il l'a toujours été.

187. Le ſecond cas de notre regle, eſt celui auquel le conjoint rentre dans l'héritage qu'il a aliéné, non par la reſciſion de l'aliénation qu'il en a faite, mais par une ſimple réſolution de cette aliénation qui ne la détruiſe que pour l'avenir, & la laiſſe ſubſiſter pour le paſſé ; on ne peut pas dire dans ce cas-ci, comme dans le précédent, que le conjoint eſt cenſé n'avoir pas aliéné l'héritage dans lequel il rentre, & en avoir toujours été propriétaire au même titre auquel il l'a toujours été ; mais on peut toujours dire que quoiqu'il ait véritablement ceſſé pendant un temps d'être propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre, n'y ayant aucun nouveau titre d'acquiſition en vertu duquel il en redevienne propriétaire, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a aliéné, comme nous l'avons dit ci-deſſus.

On peut apporter pluſieurs exemples de ce cas.

PREMIER EXEMPLE.

L'un des conjoints, dans un temps auquel il n'avoit point d'enfans, a fait donation à quelqu'un d'un héritage ; depuis, la donation ayant été révoquée par la ſurvenance d'un enfant, il eſt rentré durant ſon mariage dans cet héritage, il n'y rentre en ce cas que par la ſimple réſolution de l'aliénation qu'il en avoit faite ; il n'y a aucun nouveau titre d'acquiſition, en vertu duquel il en redevienne propriétaire ; il ne peut donc le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a aliéné.

SECOND EXEMPLE.

L'un des conjoints a vendu ſon héritage ſous faculté de réméré ; il eſt rentré, durant le mariage, dans cet héritage en vertu de ſon droit de réméré, on ne peut pas dire que ce réméré qu'il a exercé, ſoit une nouvelle vente ni une rétroceſſion que l'acheteur lui ait faite de l'héritage, puiſqu'il n'eſt pas beſoin pour ce réméré d'un nouveau conſentement de l'acheteur ; ce réméré n'eſt donc que la réſolution de la vente & de l'aliénation que ce conjoint avoit faite de l'héritage dans lequel il rentre ; ce n'eſt pas un nouveau titre d'acquiſition en vertu duquel il en redevienne le propriétaire, & par conſéquent il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a vendu.

188. Il n'importe que la réſolution de l'aliénation ſe faſſe *ex cauſâ anti-*

*quâ necessariâ & inexistenti contractui*, comme dans les deux exemples précédents, ou que ce soit *ex causâ novâ*, comme dans ceux qui suivent.

### Troisieme Exemple.

L'un des conjoints qui avoit fait donation à quelqu'un d'un héritage, y est rentré durant le mariage en vertu d'un jugement qui a déclaré la donation révoquée pour cause d'ingratitude, & lui a permis d'y rentrer ; ce jugement n'est pas un nouveau titre d'acquisition, il ne renferme qu'une résolution de la donation & de l'aliénation ; le conjoint n'en redevenant donc pas propriétaire en vertu d'aucun nouveau titre d'acquisition, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lors de l'aliénation qu'il en a faite.

### Quatrieme Exemple.

L'un des conjoints est rentré, durant le mariage, dans un héritage qu'il avoit aliéné à titre de bail à rente, par le déguerpissement que lui en a fait le preneur durant le mariage ; ce déguerpissement n'est pas un nouveau titre d'acquisition, ce n'est que la résolution du bail à rente qui en avoit été fait : le conjoint ne redevenant donc pas en ce cas propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre en vertu d'aucun nouveau titre d'acquisition, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lors du bail à rente qu'il en a fait.

### Cinquieme Exemple.

189. L'un des conjoints qui avoit vendu un héritage, y rentre durant le mariage en vertu d'une convention qu'il a avec l'acheteur qui n'avoit pas encore payé le prix de son acquisition, ou qui ne l'avoit payé qu'en partie, par laquelle cet acheteur s'est désisté purement & simplement de la vente qui lui en a été faite : ce désistement n'est pas une rétrocession, ni une nouvelle vente que l'acheteur fasse à ce conjoint de l'héritage ; ce n'est qu'une résolution de celle que ce conjoint lui en avoit faite ; c'est plutôt *distractus quàm novus contractus*. La Coutume d'Orléans, suivie en ce point dans celles qui ne s'en sont pas expliquées, en a une disposition précise dans l'article 112, par lequel elle déclare qu'il n'est pas dû un nouveau profit de vente par ce désistement ; ce qui suppose qu'il ne renferme pas une nouvelle vente, mais une simple résolution de la premiere. Le conjoint qui rentre durant le mariage en vertu de ce désistement dans l'héritage qu'il avoit vendu, n'en redevenant pas propriétaire en vertu d'un nouveau titre d'acquisition, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorsqu'il l'a vendu.

190. Cette décision n'a lieu que lorsque le désistement de l'acheteur en vertu duquel le conjoint est rentré dans l'héritage qu'il lui avoit vendu, est un désistement pur & simple : si ce désistement ne s'est fait que pour quelqu'augmentation de prix & à de nouvelles conditions, ce n'est pas en ce cas un simple désistement, c'est une rétrocession ; c'est une nouvelle vente que cet acheteur fait de l'héritage au conjoint qui le lui avoit vendu : le conjoint qui y rentre en vertu de cette convention qu'il a eue avec l'ache-

teur durant le mariage, en redevient propriétaire en vertu d'un nouveau titre d'acquiſition, & ce nouveau titre étant du temps du mariage, l'héritage eſt conquêt.

Il en eſt de même lorſqu'après que la vente que l'un des conjoints a faite de ſon héritage, a été entiérement conſommée de part & d'autre par la tradition de l'héritage & le paiement du prix en entier, ce conjoint a durant le mariage une convention avec l'acheteur qui lui rétrocede l'héritage pour le même prix : cette rétroceſſion que fait l'acheteur, quoique faite pour le même prix & aux mêmes conditions, ne peut être regardée comme un ſimple déſiſtement de la vente qui lui en avoit été faite ; car on ne peut ſe déſiſter que des actes qui n'ont pas encore reçu toute leur exécution : *diſcedi poteſt ab actu inchoato non ab actu conſummato ;* elle ne peut donc être regardée que comme une nouvelle vente que l'acheteur fait de cet héritage à ce conjoint qui le lui avoit vendu, & comme un nouveau titre d'acquiſition en vertu duquel il en redevient propriétaire ; ce nouveau titre étant du temps du mariage, il eſt ſans difficulté que l'héritage devient conquêt, quand même il auroit été propropre de communauté lorſque le conjoint l'a vendu, à moins que la rétroceſſion n'ait été faite expreſſément pour tenir lieu du remploi dû à ce conjoint, pour la vente qu'il en avoit faite durant le mariage, auquel cas il ſeroit propre de communauté par ſubrogation, comme nous le verrons *infrà* ſur la regle 8.

Notre déciſion doit avoir lieu, quand même on ne ſe ſeroit pas ſervi par l'acte du terme *de rétroceſſion*, mais de celui de déſiſtement ; *putà*, s'il étoit dit, que l'*acheteur ſe déſiſte de la vente d'un tel héritage qui lui a été faite par un tel, conſent qu'il y rentre en lui rendant le prix qu'il a payé*, l'acte ne devroit pas moins paſſer pour une véritable rétroceſſion & pour un nouveau titre : car on doit plutôt conſidérer dans les actes la nature de l'acte, que les termes dans leſquels il eſt conçu ; *magis ſpectandum id quod actum eſt quàm verba.*

191. Le troiſieme cas de notre regle, eſt lorſque le conjoint rentre dans un héritage par la ceſſation de l'aliénation qu'il en a faite ; comme lorſque l'ayant aliéné pour un certain temps, ou juſqu'à l'événement d'une certaine condition, il y rentre par l'expiration de ce temps ou par l'événement de cette condition : redevenant en ce cas propriétaire de l'héritage ſans aucun nouveau titre d'acquiſition, il le redevient au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a aliéné.

### Sixieme Regle.

192. Ce qui eſt uni par une union réelle à un héritage, en ſuit la nature : c'eſt pourquoi, ce qui eſt uni, quoique pendant le mariage, par une union réelle à un héritage propre de communauté, eſt propre comme l'héritage auquel il eſt uni.

La raiſon eſt, que ce qui eſt uni par une union réelle à un héritage, ne faiſant qu'un ſeul & même corps & qu'une ſeule & même choſe avec l'héritage auquel il eſt uni, il ne peut avoir d'autre qualité que celle qu'a l'héritage auquel il eſt uni ; n'étant pas quelque choſe de diſtingué réellement

de cet héritage, il ne peut avoir aucune qualité qui lui ſoit propre & qui ſoit diſtinguée de celle de l'héritage auquel il eſt uni : c'eſt le cas de la maxime, *acceſſorium ſequitur naturam rei principalis.*

### Premier Exemple.

Lorſque le propriétaire d'un héritage voiſin d'une riviere navigable, a par conceſſion du Prince, le droit d'alluvion, c'eſt-à-dire, d'avoir les accrues que la riviere feroit à ſon héritage, leſquelles ſans une pareille conceſſion appartiennent au Roi, les accrues qui ſe ſont faites, quoique durant le mariage à cet héritage, ne ſont point conquêts ; mais ſont propres de communauté ſi l'héritage eſt propre de communauté : car étant unies par une union réelle & naturelle à cet héritage, & ne faiſant par conſéquent avec lui qu'une ſeule & même choſe, qu'un ſeul & même héritage, elles ne peuvent avoir une autre qualité que la ſienne.

### Second Exemple.

Lorſqu'on a conſtruit, quoique durant le mariage, un bâtiment ſur un terrein propre de communauté, ce bâtiment étant cenſé ne faire qu'une ſeule & même choſe avec le terrein ſur lequel il eſt conſtruit, & en étant un acceſſoire, ſuivant la regle, *ædificium ſolo cedit. Inſtit. de rer. div.* §. 31, il doit, ſuivant cette regle, *acceſſorium ſequitur naturam rei principalis*, avoir la même qualité de propre de communauté qu'a le terrein, ſauf la récompenſe que doit en ce cas à la communauté le conjoint propriétaire du terrein, comme nous le verrons *infrà.*

193. Il n'en eſt pas de même de l'union qui n'eſt que civile. Par exemple, ſi j'ai acquis durant mon mariage un héritage qui relevoit en fief ou en cenſive d'une terre ſeigneuriale qui m'étoit propre de communauté, quoique cet héritage ſoit réuni à mon fief, duquel il relevoit, & ne faſſe plus avec lui qu'un ſeul & même fief, il ne laiſſera pas d'être conquêt, & il n'aura pas la qualité de propre de communauté qu'a mon fief dont il relevoit : car quoiqu'il ſoit réuni à mon fief & qu'il ne faſſe plus qu'un même fief avec lui, cette union n'eſt qu'une union civile, ce n'eſt qu'une union de fief, ce n'eſt pas une union réelle & naturelle : cet héritage que j'ai acquis, nonobſtant cette union de féodalité, eſt réellement un corps différent & diſtingué de ma terre ſeigneuriale dont il relevoit en fief ou en cenſive, & il eſt par conſéquent ſuſceptible d'une qualité différente : rien ne l'empêche d'être conquêt, quoique ma terre ſoit un propre de communauté.

194. Pareillement, lorſque l'union qui s'eſt faite d'un héritage que j'ai acquis durant mon mariage à un héritage qui m'étoit propre de communauté, n'eſt qu'une union de ſimple deſtination, cette union n'empêche pas l'héritage d'être conquêt. Par exemple, ſi j'ai acquis durant mon mariage une piece de terre, voiſine des terres d'une métairie qui m'eſt propre de communauté, & que depuis j'aie compris dans le bail à ferme que j'ai fait de cette métairie, cette piece de terre nouvellement acquiſe, avec les autre terres dépendantes anciennement de cette métairie, quoique par le bail à ferme j'aie uni cette piece de terre à ma métairie, en la comprenant dans le bail à ferme que

j'en ai fait, cette piece de terre ne laiſſera pas d'être un conquêt, & n'aura pas la qualité de propre de communauté qu'a ma métairie ; car cette union ne conſiſte que dans la ſeule deſtination du pere de famille, & n'eſt point une union réelle, puiſque depuis que j'ai compris la piece de terre nouvellement acquiſe dans le bail de la métairie, elle eſt tout auſſi réellement ſéparée & diſtinguée des anciennes terres de cette métairie, qui ſont propres de communauté, comme elle l'étoit avant que je l'euſſe compriſe dans ce bail, & même avant que je l'euſſe acquiſe ; & par conſéquent elle peut avoir une qualité différente.

Il en ſeroit de même, quand même j'aurois renfermé dans mon parc la piece de terre nouvellement acquiſe ; en reculant les murs de mon parc, cela n'empêche pas cette piece d'être conquêt, quoique le reſte de mon parc fût propre de communauté; car cette union qui unit cette terre au reſte de mon parc, neſt qu'une union de ſimple deſtination, ce n'eſt pas une union réelle ; quoiqu'elle ſoit enfermée dans mon parc, elle ne change pas de place, & elle eſt auſſi réellement diſtinguée des autres terres de mon parc, comme elle l'étoit auparavant.

Pareillement, lorſque l'un des conjoints a acheté, pendant la communauté, la maiſon voiſine d'une qui lui étoit propre, & que des deux il n'en a fait qu'une, cette union n'eſt qu'une union de deſtination : car le terrein de la maiſon nouvellement acquiſe, demeure réellement diſtingué, comme il l'étoit de celui de l'ancienne ; il ne doit donc pas prendre la qualité de propre qu'a celui de l'ancienne, mais il eſt, avec tout ce qu'il contient, un conquêt de communauté.

### Septieme Regle.

195. Ce qui reſte d'un héritage, en conſerve la qualité, auſſi-bien que les droits qu'on y retient, lorſqu'on l'aliene : c'eſt pourquoi ce qui reſte d'un héritage propre de communauté, eſt propre de communauté, auſſi-bien que les droits qu'on a retenus dans cet héritage, ou par rapport à cet héritage en l'aliénant.

Par exemple, ſi une maiſon propre de communauté vient à être incendiée durant le mariage, la place & les matériaux qui en reſtent, conſervent la qualité de propre de communauté qu'avoit la maiſon ; ils conſervent même la qualité de propre en matiere de ſucceſſion, ſi la maiſon incendiée avoit cette qualité.

Obſervez à l'égard des matériaux, qu'ils ne conſervent la qualité d'immeubles, que tant qu'on n'a pas abandonné le deſſein de réconſtruire la maiſon, & de les employer à la réconſtruction, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 62. Lorſque ce deſſein paroît abandonné, ils demeurent meubles, & ne ſont plus par conſéquent ſuſceptibles de la qualité de propre en matiere de ſucceſſion ; mais quoique devenus meubles, ils conſervent toujours la qualité de propre de communauté; car les choſes quoique de nature mobiliere, qui proviennent d'un propre de communauté, n'entrent point en communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 96.

196. Pareillement, les droits qu'on retient en aliénant un héritage pro-

pre de communauté, ſont pareillement propres de communauté, non-ſeulement les droits qu'on retient dans l'héritage même, tels que les droits de cens, de rente fonciere, d'uſufruit, *&c.* qu'on appelle *jus in re*, mais auſſi les droits qu'on retient à la choſe, qui tendent à rentrer un jour dans la choſe, qu'on appelle *jus ad rem* : tels que ceux qui naiſſent d'une clauſe de réméré ou de quelqu'autre clauſe réſolutoire, expreſſe ou tacite, ſous laquelle l'aliénation eſt faite.

## Huitieme Regle.

197. Les héritages & autres immeubles, quoiqu'acquis durant la communauté, ſont propres de communauté par la fiction de la ſubrogation, lorſqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de communauté, & pour en tenir lieu.

Pour l'intelligence de cette regle, il faut expliquer ce que c'eſt que la fiction de ſubrogation.

C'eſt une fiction de Droit, par laquelle une choſe que j'ai acquiſe à la place d'une autre que j'ai aliénée, prend la qualité de la choſe aliénée à la place de laquelle elle a été acquiſe, & à laquelle elle eſt ſubrogée.

Cette fiction n'a lieu qu'à l'égard des qualités extrinſeques d'une choſe, telles que ſont la qualité de propre ou patrimoniale, & la qualité de propre de communauté : elle n'a pas lieu à l'égard des qualités intrinſeques. On appelle qualités intrinſeques, celles qu'une choſe a, en quelques mains qu'elle paſſe ; telles ſont les qualités de meuble, d'immeuble, d'héritage féodal, d'héritage cenſuel. Si j'acquiers une choſe meuble, à la place d'un immeuble que j'ai aliéné, cette choſe ne pourra pas acquérir par la fiction de ſubrogation la qualité d'immeuble. Pareillement, ſi j'acquiers un héritage cenſuel, à la place d'un féodal que j'ai aliéné, il ne pourra acquérir la qualité d'héritage féodal, parce que les qualités d'immeuble & de féodal ſont des qualités intrinſeques.

Pour que la fiction de la ſubrogation ait lieu, il faut encore que la choſe que j'acquiers, à la place d'une que j'ai aliénée, ſoit capable & ſuſceptible de la qualité qu'avoit la choſe que j'ai aliénée. C'eſt pourquoi, ſi j'ai acquis une choſe meuble, à la place d'un héritage patrimonial que j'ai aliéné, *putà*, en changeant mon héritage patrimonial contre un diamant ou contre un tableau, ce diamant ou ce tableau ne pourront pas acquérir par la fiction de la ſubrogation, la qualité de patrimonial ou propre en matiere de ſucceſſion qu'avoit mon héritage, parce qu'il n'y a que les immeubles qui ſoient ſuſceptibles de cette qualité de bien patrimonial & *de propre* en matiere de ſucceſſion ; un diamant, un tableau étant choſes meubles, n'en ſont pas ſuſceptibles.

Mais les meubles étant ſuſceptibles de la qualité de propre de communauté, auſſi bien que les immeubles, lorſque l'héritage propre de communauté de l'un des conjoints eſt aliéné durant la communauté pour une ſomme d'argent ou d'autres choſes mobilieres, cette ſomme d'argent ou ces autres choſes mobilieres, ont par la ſubrogation la qualité de propres de communauté

communauté de ce conjoint, & en conſéquence elles n'y tombent qu'à la charge de la repriſe au profit de ce conjoint.

Enfin, pour qu'une choſe acquiere par la fiction de la ſubrogation la qualité de celle que j'ai aliénée, il faut qu'elle me tienne lieu immédiatement de celle que j'ai aliénée. Par exemple, ſi j'ai échangé mon héritage patrimonial contre un autre héritage, cet héritage que j'ai acquis en échange du mien, aura par la fiction de la ſubrogation, la qualité de bien patrimonial & de propre en matiere de ſucceſſion, qu'avoit celui que j'ai aliéné.

Au contraire, ſi j'ai vendu mon héritage patrimonial pour une certaine ſomme d'argent, pour laquelle l'acheteur m'a conſtitué une rente, cette rente que l'acheteur m'a conſtituée, n'acquerra pas par ſubrogation la qualité de bien patrimonial & de propre en matiere de ſucceſſion qu'avoit l'héritage que j'ai vendu, quoique cette rente, qui eſt un immeuble, ſoit ſuſceptible de cette qualité; car cette rente ne me tient pas lieu immédiatement de l'héritage que j'ai vendu, elle me tient lieu plutôt du prix pour lequel je l'ai vendu; c'eſt pour ce prix qu'elle m'a été conſtituée. Ce qui me tenoit lieu immédiatement de l'héritage que j'ai vendu, étoit le prix pour lequel je l'ai vendu : la qualité *de bien patrimonial* qu'avoit cet héritage n'ayant pu paſſer à ce prix, qui étant quelque choſe de mobilier, n'en étoit pas ſuſceptible : elle s'eſt éteinte, & n'a pu paſſer à la rente qui m'a été conſtituée. Mais cette rente, quoiqu'elle m'ait été conſtituée durant le mariage par le contrat de vente que j'ai fait de mon héritage durant le mariage, & quoiqu'elle ſoit un acquêt que j'ai fait durant mon mariage, ne ſera pas néanmoins conquêt, & elle aura, par le moyen de la ſubrogation, la qualité de propre de communauté; car cette qualité *de propre de communauté* étant une qualité dont les choſes meubles ſont ſuſceptibles auſſi-bien que les immeubles, cette qualité a paſſé de mon héritage au prix pour lequel je l'ai vendu; & de ce prix, à la rente qui a été conſtituée pour ce prix.

Lorſque le conjoint par le contrat d'échange qu'il a fait durant la communauté, a payé un retour en deniers pour l'héritage qu'il a reçu en contre-échange de ſon héritage propre, l'héritage qu'il a reçu en contre-échange ſera-t-il conquêt *au prorata* de la ſomme de deniers payés pour la ſoulte de partage? D'Argentré, ſur l'*art.* 418 de la Coutume de Bretagne, *gl.* 2, *n.* 3, ſuivi par Lebrun & Dupleſſis, décide que nonobſtant la ſoulte, il ne laiſſera pas d'être propre pour le total, à la charge ſeulement de récompenſer la communauté de la ſomme qui en a été tirée pour payer la ſoulte. La raiſon eſt, que la ſoulte n'eſt qu'un acceſſoire du contrat, qui n'en doit pas changer la nature : ce contrat, nonobſtant la ſoulte, eſt principalement un contrat d'échange que le conjoint a fait de ſon héritage propre contre un autre héritage, lequel rend propre de ſubrogation l'héritage reçu en contr'échange. Si néanmoins le conjoint, pour acquérir l'héritage qu'il a reçu en contr'échange, avoit donné une ſomme de deniers égale à peu-près à la valeur de l'héritage qu'il a donné en échange, ou même qui la ſurpaſſât, on ne pourroit ſe diſpenſer de conſidérer le contrat comme un contrat mixte, mêlé de vente & d'échange, & en conſéquence l'héritage acquis par

le contrat comme conquêt *au prorata* de la ſomme de deniers donnés pour l'acquérir, & propre de ſubrogation pour le ſurplus ſeulement.

198. Lorſque j'achete, durant la communauté, un héritage, avec déclaration que c'eſt des deniers qui m'étoient propres, *puta*, qui provenoient du prix de la vente que j'avois précédemment faite, durant la communauté, d'un héritage propre, ou lorſqu'il eſt dit que c'eſt pour me tenir lieu de remploi du prix de cet héritage, l'héritage acquis avec cette déclaration, quoiqu'acquis durant la communauté, a par la ſubrogation la qualité de propre de communauté qu'avoient les deniers provenus du prix de la vente de mon héritage, ou l'action de remploi dont il me tient lieu.

Si je l'avois acheté pour un plus grand prix que celui pour lequel j'avois vendu précédemment mon héritage propre de communauté, il ne ſera propre de communauté par ſubrogation, que juſqu'à concurrence du prix pour lequel j'ai vendu mon héritage propre; il ſera conquêt pour le ſurplus. Par exemple, ſi j'ai vendu mon héritage propre pour le prix de douze mille livres, & que j'en aie acheté un autre pour le prix de vingt-quatre mille livres, avec déclaration que c'étoit pour me tenir lieu du remploi du prix qui m'étoit dû de celui que j'ai vendu douze mille livres, cet héritage nouvellement acquis, ne ſera propre de communauté par ſubrogation que juſqu'à concurrence de 12000 livres, c'eſt-à-dire pour la moitié: il ſera conquêt pour le ſurplus; je ſuis cenſé en ce cas avoir fait l'acquiſition pour moitié pour mon compte particulier & me tenir lieu de remploi, & l'avoir faite pour l'autre moitié pour le compte de la communauté.

Néanmoins, ſi la ſomme dont le prix de la nouvelle acquiſition, excede celle dont le remploi m'étoit dû, étoit peu conſidérable, je penſe que je devrois être cenſé avoir fait l'acquiſition entiérement pour mon compte, à la charge de récompenſer la communauté de ce que j'ai mis pour cette acquiſition de plus que la ſomme dont le remploi m'étoit dû. Par exemple, ſi j'avois vendu mon héritage pour le prix de douze mille livres, & que j'en euſſe depuis acquis un autre pour la ſomme de 13000 liv. avec déclaration que c'eſt pour me tenir lieu du remploi qui m'eſt dû, je penſe qu'il eſt bien plus raiſonnable que je ſois cenſé avoir fait cette acquiſition entiérement pour mon compte, & que l'héritage me ſoit propre en total, à la charge de la récompenſe de 1000 livres envers la communauté, plutôt que de regarder cette acquiſition comme faite pour la treizieme partie pour le compte de la communauté, dans laquelle ma femme auroit une vingt-ſixieme partie.

Obſervez que pour que la déclaration puiſſe rendre l'héritage nouvellement acquis propre de communauté par ſubrogation, il faut que cette déclaration ſoit faite *in continenti* par le contrat d'acquiſition de l'héritage nouvellement acquis. Si l'acquiſition avoit été faite ſans cette déclaration, inutilement la feroit-on *ex intervallo*; car l'héritage ayant été fait conquêt lorſqu'il a été acquis, faute de cette déclaration, la communauté ne peut plus par cette déclaration, qu'on feroit *ex intervallo*, être privée d'une choſe qui lui a été une fois acquiſe.

199. Lorſque c'eſt pour tenir lieu de remploi des propres de la femme

que le mari acquiert un héritage durant le mariage, il faut pareillement que la déclaration ſoit faite par le contrat d'acquiſition, que l'héritage eſt acquis pour tenir lieu de ce remploi; mais cette déclaration n'eſt pas ſeule ſuffiſante pour que l'héritage tienne lieu de ce remploi, & ſoit en conſéquence *propre de communauté de la femme par ſubrogation*; il faut outre cela que la femme conſente que cet héritage lui tienne lieu de remploi.

Par ce conſentement qu'elle donne, l'héritage ou autre immeuble acquis pour lui tenir lieu de remploi, devient par ſubrogation l'héritage propre de la femme, & eſt à ſes riſques, comme le ſont ſes autres propres: c'eſt pourquoi ſi une maiſon acquiſe pour lui tenir lieu de remploi, après le conſentement qu'elle a donné à ce remploi, venoit à brûler par le feu du ciel, la perte tombe ſur la femme & non ſur la communauté; elle ne peut prétendre autre choſe pour ſon remploi, que la place & les matériaux qui en reſtent.

Par la même raiſon, ſi le mari avoit acquis une rente pour tenir lieu de remploi à ſa femme, laquelle rente devînt par la ſuite caduque par l'inſolvabilité du débiteur, la femme qui a donné ſon conſentement à ce remploi, doit ſeule ſupporter la perte de cette caducité.

Néanmoins Lebrun, *l. 3, ch. 2, ſect. 1, diſt. 2, n. 84*, décide que ſi la rente eſt devenue caduque avant la diſſolution de la communauté, la femme n'eſt pas obligée de la prendre, quoiqu'elle ait conſenti à ce remploi, parce que le mari, comme adminiſtrateur de ſa femme, étoit tenu de faire un bon emploi des deniers de ſa femme. J'ai de la peine à croire que la femme ayant donné en majorité ſon conſentement à ce remploi, pût être reçue à le critiquer.

Si la femme étoit mineure lorſqu'elle a conſenti à un remploi déſavantageux, nul doute en ce cas qu'elle peut ſe faire reſtituer contre ſon conſentement.

200. Pour qu'un héritage ou autre immeuble acquis par le mari, avec déclaration que c'eſt pour tenir lieu de remploi à ſa femme, ſoit propre de ſubrogation, il faut à la vérité que cette déclaration ſoit portée par le contrat d'acquiſition; mais il n'eſt pas de même néceſſaire que le conſentement que la femme doit donner à ce remploi, ſoit donné par le contrat, ni dans le même temps: la femme peut le donner *ex intervallo*; & en attendant ce conſentement de la femme, la déclaration faite par le mari par le contrat d'acquiſition, que l'héritage eſt acquis pour tenir lieu de remploi des propres de la femme, tient en ſuſpens l'état & la qualité de cet héritage. Si la femme ratifie & conſent cette déclaration, les ratifications ayant un effet rétroactif, ſuivant la regle de Droit, *ratihabitio mandato comparatur*; *L. 152, aliàs* 194, *n. 2*, ff. *de R. J.* (1) l'héritage ſera cenſé avoir été dès l'inſtant de ſon acquiſition acquis pour tenir lieu du remploi de ſa femme, & avoir toujours été en conſéquence propre de communauté de la femme par ſu-

(1) Quoique la loi d'où cette maxime eſt tirée, traite des délits, néanmoins elle a pareillement lieu en matiere de contrats; & la ratification que je fais d'un contrat fait en mon nom, équipolle à un mandat. Voyez Cujas *ad* L. 60, ff. *de reg. jur.*

brogation: ſi au contraire elle refuſe d'accepter cet héritage pour ſon remploi, cet héritage ſera conquêt; la déclaration ſervira ſeulement en ce cas à donner à la femme ſur ce conquêt une hypotheque privilégiée pour le remploi dont elle eſt créanciere.

Lorſque la femme a laiſſé paſſer tout le temps du mariage ſans s'expliquer ſi elle entendoit approuver la déclaration faite par le mari, par le contrat d'acquiſition de l'héritage eſt-elle en droit, après la diſſolution du mariage, d'accepter pour ſon remploi l'acquiſition de l'héritage, malgré les héritiers du mari? Dupleſſis tient la négative: il trouve que la femme en ne s'expliquant pas, ayant toujours laiſſé l'héritage aux riſques de la communauté, ayant toujours été en ſon pouvoir de refuſer l'emploi; ſi l'héritage eût diminué de prix, il ne ſeroit pas équitable qu'elle pût, en acceptant l'emploi, profiter de l'augmentation du prix qui ſeroit ſurvenue ſur l'héritage. D'autres Auteurs penſent, nonobſtant ces raiſons, que tant que la femme n'a pas été miſe en demeure de s'expliquer, non-ſeulement la femme, mais même ſes héritiers ſont en droit de prendre l'acquiſition pour leur compte.

Si la femme avoit ſouſcrit, ou avoit été préſente au contrat d'acquiſition de l'héritage, par lequel le mari a déclaré que l'acquiſition eſt faite pour tenir lieu à la femme de ſon remploi, quoiqu'il ne ſoit pas dit expreſſément par le contrat que la femme a accepté cet héritage pour lui tenir lieu de ſon remploi, la préſence ou la ſouſcription de la femme au contrat, où cette déclaration eſt portée, en eſt une ſuffiſante acceptation, & par conſéquent nul doute en ce cas que cet héritage doit lui en tenir lieu, & être un propre de communauté de la femme par ſubrogation.

201. Quoique la femme, créanciere du remploi de ſes propres, ait acquis conjointement avec ſon mari un héritage durant le mariage, ſi par le contrat d'acquiſition de cet héritage, il n'y a pas une déclaration expreſſe, que l'acquiſition eſt faite pour tenir lieu du remploi des propres de la femme, on ne pourra pas inférer de cela ſeul que la femme l'a acquis avec ſon mari; que l'acquiſition a été faite pour lui tenir lieu de remploi: c'eſt pourquoi faute de déclaration, l'héritage ſera conquêt.

Cette déciſion doit ſur-tout avoir lieu, lorſqu'il reſtoit par le contrat d'acquiſition des obligations à acquitter envers le vendeur: en ce cas il paroît une raiſon pour laquelle la femme a acheté, conjointement avec ſon mari, qui eſt celle de donner plus de ſûreté au vendeur, pour les obligations qui reſtoient à accomplir; mais quand même toutes les obligations des acheteurs auroient été entiérement accomplies par le contrat, par le paiement entier du prix dont le contrat porteroit quittance, & qu'ainſi l'intervention de la femme à ce contrat fût ſuperflue, je penſe néanmoins qu'il faudroit décider de même, que faute de déclaration l'héritage eſt conquêt.

202. Le principe que nous avons expoſé juſqu'à préſent, a ſouffert en 1720, une exception en un cas: c'eſt le cas auquel les maris avoient reçu en billets de la Banque royale, dans le temps qu'ils avoient cours, le rachat des rentes propres de leurs femmes. Par une Déclaration du Roi, rendue en ce temps, les maris ont été autoriſés à faire emploi de ces billets

de banque, en rentes sur l'Hôtel-de-Ville, ou en rentes provinciales. En conséquence ces rentes qu'un mari a acquises en ce temps durant son mariage, avec déclaration faite par le contrat de constitution, que les billets de banque, pour lesquels elles sont constituées, proviennent du rachat qu'il a reçu des rentes propres de sa femme, tiennent lieu du remploi de la femme, sans qu'il ait été nécessaire pour cela que le consentement de la femme intervînt, & elles lui sont propres de communauté par subrogation.

### Neuvieme Regle.

203. Un héritage ou autre immeuble, dont on ne trouve pas le titre d'acquisition, est, dans le doute, présumé conquêt, lorsqu'aucune des parties ne peut justifier qu'il lui ait appartenu avant le mariage, & qu'il lui fut propre.

La raison de cette regle est évidente. Celui des deux conjoints qui prétendroit que l'héritage lui est propre, doit le justifier, suivant cette regle de Droit : *ei incumbit probatio qui dicit*; L. 2. ff. *de probat.* Aucun des deux ne pouvant le justifier, il ne peut passer pour le propre d'aucun des deux; il ne peut par conséquent être considéré autrement que comme conquêt.

Cette justification peut se faire, non-seulement par titres, mais à défaut de titres, par la seule preuve testimoniale : c'est pourquoi je pense que l'un des conjoints ou ses héritiers qui réclament un héritage comme propre, doit être reçu à la preuve qu'il le possédoit auparavant le mariage. C'est ce qui a été très-bien observé par le nouveau Commentateur de la Coutume de la Rochelle. Il seroit dangereux de n'admettre d'autre preuve que celle qui résulte des titres; les titres pouvant se supprimer.

## Article III.

### *Des fruits des propres.*

204. Les fruits des héritages & autres biens propres de chacun des conjoints, qui sont perçus, nés & échus durant la communauté, sont la troisieme espece de choses qui composent la communauté légale.

Toutes les charges du mariage devant tomber sur la communauté, il étoit juste de lui donner ces fruits pour les supporter.

On dira peut-être que les fruits des propres de chacun des conjoints, qui sont perçus ou échus durant la communauté, étant des choses meubles, ils entrent en leur qualité de choses meubles dans la communauté légale, dans laquelle entrent tous les biens meubles de chacun des conjoints, comme nous l'avons vu en l'article premier; qu'ainsi il est inutile de considérer dans ces fruits leur qualité *de fruits*, & d'en faire une troisieme espece de choses qui composent la communauté légale.

Je réponds que cela n'est pas inutile, & que la qualité des fruits qu'ont ces choses, est une qualité particuliere qu'ils ont pour entrer dans la communauté légale, distinguée de leur qualité générale de biens meubles, & qui les y fait entrer dans certains cas, dans lesquels leur seule qualité générale de biens meubles ne les y feroit pas entrer.

En effet, le principe que tous les biens meubles de chacun des conjoints entrent dans la communauté, souffre exception à l'égard de ceux qui sont provenus de leurs biens propres durant la communauté, tels que sont des bois de haute futaie abattus durant la communauté sur les héritages propres de l'un ou de l'autre conjont, *suprà*, *n.* 96. Si donc les fruits perçus ou échus durant la communauté, entrent dans la communauté, ce n'est pas en leur qualité générale de choses meubles, puisque les choses meubles, provenues pendant la communauté des propres des conjoints, n'y entrent pas, comme nous venons de le dire.

Il faut donc rechercher & considérer dans ces fruits, outre leur qualité générale de choses meubles, la qualité particuliere qu'ils ont de *fruits* des propres des conjoints perçus ou échus durant leur communauté, puisque c'est cette qualité particuliere seule qui les fait entrer dans la communauté.

Cela est encore plus nécessaire par rapport à la communauté conventionnelle, dont nous parlerons au chapitre suivant. Par exemple, si chacun des conjoints, par une clause du contrat de mariage, a limité la quantité de ses biens meubles qui entreroit dans la communauté, *putà*, à une somme de dix mille livres, & réservé propre le surplus de ses biens, tant présens qu'à venir, qui lui écheroient par succession ou autrement, les fruits des propres de chacun des conjoints entrent dans cette communauté, outre cette somme de dix mille livres à laquelle ils ont borné la quantité de leurs biens meubles qui doivent y entrer, parce qu'ils y entrent en une qualité particuliere qu'ils ont pour y entrer, qui est la qualité de *fruits* perçus ou échus durant le mariage.

Il faut à présent voir quelles sont les choses qui sont fruits des biens propres de chacun des conjoints. On appelle fruits, ce qui naît & renaît d'une chose: *fructus est quidquid ex re nasci & renasci solet.* Par exemple, les bleds & les autres grains, les foins, les fruits de vignes & des arbres sont des fruits d'une terre, parce que la terre les produit & en réproduit d'autres les années suivantes: pareillement une coupe de bois taillis est un fruit, parce que les souches sur lesquelles on a fait la coupe, repoussent & réproduisent de quoi faire au bout d'un certain temps une autre coupe. La pêche d'un étang est pareillement un fruit, parce qu'au moyen du peuple qu'on y laisse, il réproduit de quoi faire au bout d'un certain temps une autre pêche. Au contraire, les pierres & les marbres qu'on tire d'une carriere ne sont pas des fruits, car il n'en renaît pas d'autres à la place de ceux qu'on tire; c'est le fonds même qu'on épuise en les tirant; *Voyez suprà*, *n.* 97.

205. Les fruits se divisent en fruits naturels & fruits civils: les fruits naturels, sont ceux que la terre produit & qui ont un être physique; ils se subdivisent en fruits purement naturels & en fruits industriels. Les fruits purement naturels, sont ceux que la terre produit sans culture, comme l'herbe des prés, la coupe d'un bois taillis, les noix & les autres fruits des arbres: les fruits industriels, sont ceux que la terre ne produit que par le moyen de la culture, tels que sont les bleds & autres grains, les fruits des vignes, *&c.*

Les fruits civils sont ceux, *qui in jure consistunt*, qui n'ont pas un être physique, mais un être moral & intellectuel; *v. g.* les fermes des biens des

biens de campagne ; les loyers des maiſons ; les arrérages des rentes, tant foncieres que conſtituées ; les profits & droits ſeigneuriaux, *&c.*

206. Les fruits naturels, ſoit purement naturels, ſoit induſtriels, ſont acquis à la communauté, & y entrent auſſi-tôt qu'ils ſont perçus durant la communauté.

Ces fruits ſont cenſés perçus par leur ſéparation de la terre où ils étoient pendans : car c'eſt par cette ſéparation qu'ils acquiérent un être particulier & diſtingué de la terre avec laquelle auparavant ils étoient cenſés ne faire qu'une ſeule & même choſe : c'eſt pourquoi la Coutume de Paris, *art.* 92, dit : » bois coupé, bled, foin, ou grain ſoyé, ou fauché, ſuppoſé » qu'il ſoit (c'eſt-à-dire, quoiqu'il ſoit) encore ſur le champ & non tranſ- » porté, eſt réputé meuble. »

C'eſt pourquoi, ſi un propre de communauté de l'un des conjoints eſt fauché aujourd'hui, & que le conjoint meure le ſoir, tout le foin eſt acquis à la communauté, ayant été ſéparé de la terre pendant que la communauté duroit encore, quoiqu'il ſoit encore ſur le pré.

207. Quoique les fruits des propres ſoient accordés à la communauté, pour ſupporter les charges du mariage, ce n'eſt pas néanmoins au *prorata* du temps que la communauté a duré & qu'elle a ſupporté ces charges, que ces fruits lui appartiennent ; les Coutumes donnent à la communauté généralement tous les fruits qui ſont perçus durant la communauté, à la charge de ſupporter, pendant ce temps, toutes les charges du mariage : c'eſt pourquoi ſi la récolte des fruits pendans ſur l'héritage de l'un des conjoints s'étoit faite peu de temps après le mariage, quelque peu de temps que le mariage ait duré, n'eût-il duré qu'un mois ou deux, la récolte entiere appartient à la communauté.

Cela a lieu quand même les fruits qui ont été cueillis peu après le mariage, qui n'auroit duré que peu de mois, ſeroient le fruit d'un grand nombre d'années. Suppoſons, par exemple, que peu après le mariage, il ſe fait durant la communauté, une coupe d'un bois taillis, propre de l'un des conjoints, qui ne ſe coupe que tous les dix ans ; quoique cette coupe ſoit le fruit de dix années, & que le mariage n'ait duré que peu de mois, la coupe entiere ne laiſſera pas d'appartenir à la communauté.

*Vice verſâ.* Quoique le principal revenu de l'héritage de l'un des conjoints, *putà* de la femme conſiſtât dans un bois taillis, d'où il n'y a eu aucune coupe à faire pendant tout le temps qu'a duré le mariage ; quoique le mariage ait duré pluſieurs années, le mari ne pourra rien prétendre pour la communauté qu'il a eue avec ſa défunte femme, dans la coupe qui s'en fera après la mort de ſa femme, qui a diſſous la communauté.

En cela ce qui s'obſerve à l'égard des fruits des propres eſt différent de ce qui s'obſervoit par le Droit Romain, à l'égard des fruits du bien dotal, qui n'appartenoient au mari qu'à proportion du temps que le mariage avoit duré, & qu'il avoit ſupporté les charges du mariage, pour le ſupport deſquelles la dot lui étoit donnée.

En cela pareillement ce qui s'obſerve à l'égard de la communauté, eſt différent de ce qui s'obſerve à l'égard des titulaires des bénéfices, qui ne

peuvent prétendre les fruits qu'à proportion du temps qu'ils ont été en poſſeſſion du bénéfice.

208. N'y ayant que les fruits des propres qui ſont perçus durant le temps de la communauté, qui appartiennent à la communauté, ceux qui ont été perçus avant le mariage, & par conſéquent avant que la communauté ait commencé, y entrent bien en qualité de choſes meubles; mais ce n'eſt pas en qualité de fruits.

209. A l'égard de ceux qui étoient encore pendans lors de la diſſolution de la communauté, & qui n'ont été perçus que depuis, n'ayant point été perçus durant la communauté, ils ne peuvent appartenir à la communauté; mais ils appartiennent en entier au conjoint propriétaire de l'héritage ou à ſes héritiers.

C'eſt ce qu'enſeigne la Coutume de Paris, *art.* 231, où il eſt dit: » les » fruits des héritages propres, pendans par les racines au temps du trépas » de l'un des conjoints par mariage, appartiennent à celui auquel appartient » l'héritage, à la charge de payer la moitié des labours & ſemences. »

Notre Coutume d'Orléans a à cet égard une diſpoſition ſemblable à celle de Paris, qui s'obſerve pareillement à cet égard comme un droit commun, dans celles qui ne s'en ſont pas expliquées.

210. Si un mari, par affectation & en fraude de ſa communauté, avoit retardé une récolte qui étoit à faire ſur ſon héritage propre durant la communauté, afin de ſe l'approprier en entier, en la retardant après la mort de ſa femme, qu'il voyoit menacée d'une mort prochaine; les héritiers de la femme pourroient prétendre, en qualité de communs, part dans la récolte que le mari feroit depuis la mort de ſa femme, comme ayant été retardée en fraude du droit de communauté de ſa femme. On peut apporter pour exemple le cas auquel un bois taillis du propre du mari, ſe trouvant dans l'année où on a coutume de le couper, le mari qui voyoit ſa femme menacée d'une mort prochaine, en auroit contre l'uſage remis la coupe à une autre année.

211. *Vice verſâ*: Si un mari voyant ſa femme à l'extrémité, & la préparation d'une récolte abondante à faire ſur les vignes de ſa femme, les avoit par affectation & en fraude des héritiers de ſa femme, vendangées avant le temps, les héritiers de ſa femme, qui ſeroit morte auſſi-tôt après cette vendange prématurée, & encore avant le temps de la vendange, ſeroient bien fondés à prétendre des dommages & intérêts contre le mari.

C'eſt ce qu'inſinue l'article 207 de la Coutume d'Orléans, où il eſt dit: » fruits cueillis, coupés & abattus, ÉTANT EN MATURITÉ, . . . . ſont ré- » putés meubles. » Par ces termes ÉTANT EN MATURITÉ, la Coutume inſinue que le mari, qui en fraude des héritiers de ſa femme, a recueilli les fruits de l'héritage propre de ſa femme avant leur maturité, ne peut pas ſe les attribuer comme meubles entrés dans ſa communauté. Il ne ſuffit pas même au mari de rendre ces fruits, en l'état qu'ils ſont, aux héritiers de la femme, auxquels ils devoient appartenir, ſi on eût attendu le temps de leur maturité pour les couper; car le mari ayant détérioré ces fruits en les coupant trop tôt, doit dédommager les héritiers de ſa femme de ce qu'ils ſouffrent de cette détérioration par ſon dol.

212. La Coutume oblige le propriétaire de l'héritage qui perçoit à ſon profit ſeul les fruits de ſon héritage propre, après la diſſolution de la communauté, de rembourſer à l'autre conjoint la moitié des frais faits par la communauté pour les faire venir. Cette diſpoſition eſt tirée d'un principe général, qui a lieu pour toutes les ſociétés & communautés, qui eſt qu'un aſſocié ou commun eſt obligé *actione pro ſocio* ou *actione communi dividundo*, de faire raiſon à la ſociété ou communauté de ce qui en a été tiré pour une affaire qui lui eſt particuliere, & dont il profite ſeul, un aſſocié ou commun ne devant pas s'avantager aux dépens de la communauté : d'où il ſuit, que la perception des fruits que fait le propriétaire de l'héritage après la diſſolution de la communauté, étant une affaire qui le concerne ſeul, & dont il profite ſeul, il doit récompenſe à la communauté du montant des frais qui ont été faits par la communauté pour faire venir leſdits fruits, comme ayant été faits pour une affaire qui lui eſt particuliere, & dont il profite ſeul.

Pourroit-il ſe décharger de cette récompenſe, en offrant d'abandonner la recolte à la communauté ? Non ; de même qu'il ne ſeroit pas recevable à l'abandonner à un *negotiorum geſtor*, qui auroit fait cette impenſe pour lui : quoique par la ſtérilité de la recolte, elle n'ait pas rempli en entier le conjoint des frais de labours & ſemences ; le conjoint ne laiſſe pas de profiter en entier du prix de cette impenſe : parce que cette impenſe étant une impenſe néceſſaire, qu'il eût été obligé de faire de ſes propres deniers, ſi elle n'eût pas été faite de ceux de la communauté ; il profite de cette impenſe *quatenùs propriæ pecuniæ pepercit* ; il profite de la ſomme qu'il eût été obligé de tirer de ſa bourſe particuliere, & qui eût été égale à celle qui a été tirée de la communauté.

Cette récompenſe qui eſt due à la communauté, appartient, en cas d'acceptation de la communauté, à chacun des conjoints ou à leurs héritiers, pour la moitié que chacun d'eux a dans les biens de la communauté. C'eſt pourquoi la Coutume de Paris, qui dans l'*art.* 231, ſuppoſe le cas d'acceptation de la communauté, comme le cas le plus ordinaire, oblige le conjoint ou ſes héritiers, débiteurs de cette récompenſe, à en payer la moitié à l'autre conjoint ou à ſes héritiers. A l'égard de l'autre moitié de cette récompenſe, qui appartient au conjoint, qui en eſt le débiteur pour la moitié qu'il a lui-même dans les biens de la communauté ; ce conjoint ne pouvant en être débiteur envers lui-même, il s'en fait confuſion & extinction pour cette moitié.

Mais dans le cas de la renonciation à la communauté, la femme débitrice de la récompenſe dûe à la communauté pour les frais de labours & ſemences, faits ſur ſon héritage propre, dont elle a perçu les fruits à ſon profit ſeul depuis la diſſolution de la communauté, n'ayant au moyen de ſa renonciation à la communauté, aucune part dans les biens de la communauté, ni par conſéquent dans la récompenſe qu'elle doit à la communauté, pour les frais de labours & ſemences faits ſur ſon héritage, elle doit en payer le total aux héritiers de ſon mari.

Il en eſt de même des héritiers de la femme, qui ont renoncé à la communauté.

Par la même raison : si c'est sur l'héritage propre du mari, que les frais de labours & semences ont été faits ; le mari ou ses héritiers, qui en ont perçu les fruits après la dissolution du mariage, ne doivent aucune récompense à la femme ou aux héritiers de la femme, qui au moyen de leur renonciation à la communauté, n'ont rien à prétendre dans les récompenses dues à la communauté.

213. La Coutume de Paris ne parle que *des labours & semences* : elle n'a pas pensé aux vignes, auxquels il y a d'autres façons & d'autres impenses à faire pour la production de leurs fruits ; il n'y en avoit peut-être pas alors, ou très-peu dans son territoire. La Coutume d'Orléans *art* 208, s'est plus expliquée, & doit servir de supplément à ce que celle de Paris a manqué d'énoncer ; il y est dit : » à la charge de payer la moitié des *labours*, *semences*, *façons & impenses* : » ces termes comprennent les façons qu'il faut faire tous les ans aux vignes, pour en tirer les échalats l'hyver, les repiquer au printemps, pour lier les vignes, les accoler, les ébourgeonner ; & les impenses qu'il faut faire quelquefois, pour éplucher les vers qui se mettent dans le verjus certaines années. Le conjoint qui après la dissolution du mariage, fait à son profit, seul, la vendange sur son héritage propre, est tenu, même dans la Coutume de Paris, de rembourser à l'autre conjoint ou à ses héritiers moitié des frais desdites façons & impenses, aussi-bien que des labours.

214. Si un gentilhomme avoit fait seul, sans le secours de personne, toutes les façons & tous les labours à faire aux vignes de l'héritage propre de sa femme ; les héritiers de sa femme, seroient-ils fondés à refuser de rembourser le mari desdits labours & façons, pour la part qu'il a dans la communauté, en lui opposant qu'il n'a rien déboursé ni rien tiré de sa communauté, & qu'il est au-dessous de sa naissance de se faire payer du prix de son travail ? Je pense que les héritiers seroient mal fondés, & qu'ils ne peuvent se dispenser de rembourser au mari, pour sa part, le prix desdits labours & façons ; il est vrai qu'il est au-dessous de la naissance de ce gentilhomme de louer ses bras à des étrangers ; mais ce n'étoit point une chose au dessous de sa naissance, que de labourer & cultiver pendant la communauté la vigne de sa femme.

215. Il y a quelques Coutumes particulieres qui se sont écartées de la disposition de la Coutume de Paris & du Droit commun, en abandonnant à la communauté, pour ses frais de culture & semence, la recolte qui se fait sur les héritages propres des conjoints après la dissolution de la communauté, lorsqu'au temps de cette dissolution, les terres étoient déja ensemencées, & les vignes marrées & taillées.

De ce nombre, est la Coutume de Blois, qui dit en l'*art.* 184 : » si lors » du trépas de l'un desdits conjoints, les terres sont ensemencées, & les « vignes (1) marrées & taillées, qui étoient propres de l'un desdits conjoints ;

(1) *Marrées*, c'est-à-dire, lorsqu'on a fait le premier labour, qui se fait à la suite de l'hiver. Ce terme vient du nom de *Marre*, qui est le nom qu'on donne dans le Blaisois & l'Orléanois à l'instrument avec lequel on laboure les vignes.

» les fruits desdits terres & vignes se diviseront pour ladite année, entre le sur-» vivant, & les héritiers du premier décédé également. »

116. Suivant le même esprit, au-lieu que par le Droit commun, la pêche d'un étang qui ne se fait qu'après la dissolution de la communauté, appartient en entier au propriétaire de l'étang, en remboursant à la communauté le prix de l'empoissonnement, lorsqu'il s'est fait aux dépens de la communauté; au contraire la Coutume de Blois a, pour indemniser la communauté des frais de l'empoissonnement, abandonné à la communauté la pêche de l'étang qui s'est trouvé en pêche dans l'année de la dissolution de communauté, quoique la pêche n'ait été faite qu'après cette dissolution. C'est ce qui est dit par l'article suivant: » & touchant les fruits d'un étang qui auroit » été peuplé à communs dépens. Si ledit étang étoit en pêche l'année du » trépas de l'un desdits conjoints, sera la pêche partie comme meuble éga-» lement entre le survivant & les héritiers du premier décédé. »

La Coutume, dans ces articles, suppose le cas d'acceptation de la ocumunauté, comme le cas le plus commun. En cas de renonciation à la communauté par la femme ou ses héritiers, les récoltes & la pêche, dans l'espece desdits articles, appartiennent en total au mari ou à ses héritiers.

217. De ce que la Coutume de Blois & les autres qui ont une disposition semblable, donnent à la communauté les fruits qui lors de la dissolution de la commnnauté, sont pendants par les racines sur les héritages propres des conjoints; il n'en faut pas conclure que ces Coutumes décident que ces fruits pendants par les racines sont meubles: la décision seroit absurde; car ces fruits faisant partie de l'héritage, sur lequel ils sont pendants, jusqu'à ce qu'ils en soient séparés, ils ne peuvent pas avoir une qualité différente de celle qu'a l'héritage, avec lequel ils ne font qu'un seul & même fonds. Tout ce que ces Coutumes ont voulu, est que ces fruits, quoiqu'ils ne doivent être récoltés & devenir meubles, qu'après la dissolution de la communauté, appartinssent néanmoins à la communauté, pour lui tenir lieu des frais qu'elle a faits pour la production: delà vient, que même dans ces Coutumes, en matiere de succession, les fruits pendants sur un héritage propre, lors de l'ouverture de la succession, n'appartiennent pas à l'héritier aux meubles, mais à l'héritier aux propres, qui succede à l'héritage: delà vient, que même en matiere de communauté, les fruits qui étoient pendants, lors de la dissolution de la communauté, n'appartiennent à la communauté, que lorsque les frais faits pour leur production, ont été faits par la communauté, le mari les faisant valoir par ses mains; & qu'il en est autrement, lorsque ces frais n'ont pas été faits par la communauté, mais par un fermier qui tenoit l'héritage par bail à moitié. La Coutume du Maine *art.* 256, en a une disposition, qui doit servir d'interprétation à celle de Blois. Après y avoir dit, que les fruits des vignes qui seront béchées, & des terres qui seront labourées & ensémencées du *meuble commun*, appartiendront à la communauté, quoiqu'ils ne soient récoltés sur l'héritage propre de l'un des conjoints, qu'après la dissolution de la communauté; la Coutume ajoute: » si lesdites vignes » ou terres ont été baillées à faire à moitié, ou pour en avoir par celui qui » les laboure autre portion des fruits, ce ne sera réputé être fait de *meuble* » *commun.* »

218. Dans cette variété de Coutumes, dont les unes donnent la récolte des fruits induſtriels, qui ſe fait ſur l'héritage propre de l'un des conjoints, après la diſſolution du mariage, au propriétaire de l'héritage, à la charge de rembourſer la communauté des frais de culture ; & dont les autres la donnent à la communauté, doit-on ſuivre la Coutume des lieux où les héritages ſont ſitués, ou plutôt celle à laquelle les parties ſe ſont ſoumiſes en ſe mariant, ſoit expreſſément par une clauſe de leur contrat de mariage, ſoit tacitement, parce que c'étoit la loi du lieu où étoit alors leur domicile ? La queſtion ſouffre difficulté : ceux qui ſoutiennent que c'eſt la Coutume du lieu où l'héritage eſt ſitué, diſent que les diſpoſitions des Coutumes qui reglent, ſi les fruits pendants ſur les héritages propres des conjoints, lors de la diſſolution de la communauté, doivent appartenir, ou non, à la communauté, ſont des ſtatuts réels, qui n'ont d'empire que ſur les héritages ſitués dans leur territoire ; qu'en conſéquence, lorſque deux Bléſois ont contracté mariage, leur Coutume de Blois ne peut donner à la communauté, qui étoit entre les conjoints, les fruits pendants, lors de la diſſolution de communauté, ſur l'héritage propre de l'un des conjoints, qui eſt ſitué ſous la Coutume d'Orléans ; la Coutume de Blois ne pouvant avoir d'empire ſur ces héritages.

Ceux qui tiennent l'opinion contraire, nient formellement que les diſpoſitions des Coutumes ſur ce point, ſoient des ſtatuts réels : ils ſoutiennent au contraire, que ſuivant la doctrine de Dumoulin, que nous avons expoſée *ſuprà*, *n.* 10, les diſpoſitions des Coutumes ſur la communauté, & les choſes qui doivent y entrer ou non, ſont ſtatuts perſonnels, qui n'ont d'autre objet que de déclarer ce dont les perſonnes ſoumiſes à leur empire, doivent être préſumées ou ſuppoſées être convenues en ſe mariant. Suivant ce principe, Dumoulin décide, comme nous l'avons vu, que lorſque deux Pariſiens ſe ſont mariés ſans contrat de mariage, & que l'un d'eux acquiert un héritage, ſitué dans une Province dont la loi n'admet pas la communauté, cet héritage entre dans leur communauté, ſuivant la Coutume de Paris, quoique cette Coutume n'ait pas d'empire hors de ſon territoire ; parce que ce n'eſt pas *immediatè & per ſe*, qu'elle l'y fait entrer, mais en conſéquence de la convention qu'elle préſume & ſuppoſe être intervenue entre les conjoints, lorſqu'ils ſe ſont mariés, qu'ils ſeroient communs en biens, & que ce que chacun d'eux acquerroit durant le mariage, entreroit en leur communauté.

Suivant cette doctrine de Dumoulin, qui répute ſtatuts perſonnels les diſpoſitions ſur la communauté & ſur les choſes qui y doivent entrer ou en être excluſes, celles qui concernent les fruits en queſtion, doivent être regardées, non comme ſtatuts réels, mais comme ſtatuts perſonnels, qui ne ſont autre choſe que décider, ſi lorſque les perſonnes ſoumiſes à leur empire ſe marient, on doit préſumer qu'elles ont voulu que les fruits en queſtion entraſſent dans leur communauté, ou ſi on doit préſumer qu'elles ont voulu qu'ils en fuſſent exclus. Suivant ces principes, lorſque deux Orléanois ont contracté communauté de biens en ſe mariant, les fruits pendants lors de la diſſolution de la communauté, ſur l'héritage propre de l'un d'eux,

quoique ſitué ſous la Coutume de Blois, ſont exclus de la communauté; parce que les parties ſont préſumées avoir, conformément à la Coutume d'Orléans, voulu qu'ils en fuſſent exclus; *Contrà vice verſâ*: lorſque des Bleſois ſe ſont mariés, les fruits pendants, lors de la diſſolution de la communauté, ſur des terres enſémencées, & labourées aux frais de la communauté, doivent appartenir à la communauté, quoiqu'elles ſoient ſituées ſous la Coutume d'Orléans, qui a une diſpoſition contraire; parce que ce n'eſt pas la Coutume de Blois *immediatè & in ſe*, qui les y fait entrer, mais la convention que cette Coutume ſuppoſe, que ces perſonnes ont eues pour les y faire entrer.

Si les parties s'étoient ſoumiſes expreſſément à la Coutume de Blois pour leur communauté, héſiteroit-on à décider que cette convention devroit faire tomber en la communauté les fruits pendants, lors de la diſſolution, ſur l'héritage de l'un des conjoints, quelque part où fût ſitué l'héritage? Lorſque le contrat n'exprime pas de ſoumiſſion à une Coutume, les parties ſont cenſées s'être ſoumiſes à celle du lieu de leur domicile matrimonial; cette ſoumiſſion tacite doit avoir le même effet qu'une ſoumiſſion expreſſe.

J'incline pour cette ſeconde opinion.

219. Paſſons à préſent aux fruits civils: il n'y a que ceux qui ſont nés durant la communauté, qui y entrent; ceux qui ſont nés auparavant, y entrent comme choſes meubles, mais non comme fruits: ceux qui ne ſont nés qu'après la diſſolution de la communauté, appartiennent au propriétaire de la choſe qui les a produits.

Il eſt donc néceſſaire de ſavoir, quand ils doivent être cenſés nés? Ils ſont cenſés nés, lorſqu'ils commencent à être dus: *fructus civiles tunc naſci intelliguntur, cùm incipiunt deberi*; il faut faire l'application de ce principe aux différentes eſpeces de fruits civils. Commençons par les fermes des héritages de campagne.

Les fermes étant le prix des fruits que le fermier recueille ſur l'héritage qui lui a été donné à ferme, elles ne ſont dûes, que lorſqu'il a recueilli ces fruits, ou lorſqu'il n'a tenu qu'à lui de les recueillir; cette eſpece de fruit civil ne naît donc, que lors de la récolte des fruits, pour leſquels la ferme eſt dûe, & la ferme par conſéquent, n'appartient à la communauté, que lorſque cette récolte s'eſt faite pendant le temps que duroit encore la communauté.

C'eſt pourquoi, ſi la diſſolution de la communauté eſt arrivée avant la récolte, fût-ce la veille de la récolte, la communauté n'aura rien dans la ferme qui ſera dûe pour cette récolte; elle appartiendra en entier au propriétaire de l'héritage. Au contraire, ſi la diſſolution de la communauté n'eſt arrivée qu'après la récolte faite, la ferme dûe pour cette récolte, appartient en ce cas en entier à la communauté. Si elle eſt arrivée pendant la récolte, la communauté aura part à la ferme, à proportion de ce qu'il y avoit de fruits déja cueillis. Par la même raiſon, lorſqu'un héritage qui produit pluſieurs eſpeces différentes de fruits, a été affermé pour une ſeule ſomme, par chacun an, & que la diſſolution de la communauté eſt arrivée après la récolte d'une certaine eſpece de fruits, & avant celle des au-

tres eſpeces; il faut faire une ventilation de la part que chaque eſpece de fruits doit porter dans le prix total de la ferme; & ſi par cette ventilation, on eſtime que l'eſpece de fruits, dont la récolte étoit faite, doit porter, *puta* le tiers ou le quart du prix total de la ferme, elle appartiendra pour cette part à la communauté, & pour le ſurplus au propriétaire de l'héritage.

220. Il n'en eſt pas de même des loyers de maiſons, qui ſont une autre eſpece de fruits civils : ils écheent tous les jours, & ſont dûs tous les jours par parties. Par exemple, ſi une maiſon a été louée pour une ſomme de trois cents ſoixante-cinq livres par chacun an ; du jour que le locataire eſt entré ou qu'il a dû entrer en jouiſſance de la maiſon, il eſt dû & échu chaque jour la trois cent ſoixante & cinquieme partie du loyer, qui monte à vingt ſols par chaque jour : il eſt vrai que ces parties du loyer, qui ſont dûes & échues chaque jour, ne ſont pas payables chaque jour, & qu'elles ne le ſont qu'après l'expiration du terme convenu pour le paiement du loyer; mais ce terme n'en differe que l'exigibilité, & n'empêche pas ces parties du loyer d'être dûes & échues chaque jour ; & elles ſont en conſéquence acquiſes chaque jour à la communauté.

C'eſt pourquoi, lors de la diſſolution de la communauté, non-ſeulement le terme du loyer échu avant la diſſolution de la communauté, appartient à la communauté, s'il n'a pas encore été payé ; mais la communauté a encore droit d'avoir dans le terme qui écherra après la diſſolution de la communauté, une part à proportion du témps qui s'eſt écoulé de ce terme juſqu'au jour de la diſſolution de la communauté. Par exemple, ſuppoſons que la maiſon propre de l'un des conjoints fût louée pour une ſomme de quatre cent livres par chacun an, payable par quartier de trois mois en trois mois, & qu'il ſe ſoit écoulé durant la communauté, outre le dernier terme échu, quinze jours de celui qui doit écheoir après la diſſolution de la communauté ; ce temps de quinze jours étant à peu près la ſixieme partie du terme qui doit écheoir; la ſixieme partie de la ſomme payable pour ce terme, doit appartenir à la communauté; le loyer du temps qui s'eſt écoulé durant la communauté, ayant été dû & acquis chaque jour à la communauté pendant qu'il s'écouloit.

La raiſon de différence à cet égard, entre les fermes des biens de campagne & les loyers de maiſons, eſt ſenſible ; la ferme d'un bien de campagne étant le prix des fruits que le fermier doit recueillir ſur l'héritage qui lui a été donné à ferme, il ne doit ſa ferme, que lorſqu'il les recueille. Si par une force majeure, ils venoient à périr entiérement avant qu'il les eût recueillis, il ne devroit point de ferme ; la ferme n'eſt donc dûe que dans le temps & à meſure que les fruits ſont recueillis. Au contraire, un loyer de maiſon eſt le prix de la jouiſſance annuelle de cette maiſon : le locataire qui habite la maiſon tous les jours, ou qui a droit de l'habiter, recueille chaque jour une partie de cette jouiſſance de la maiſon, & par conſéquent, il doit chaque jour une partie du loyer, qui eſt le prix de cette jouiſſance.

Il faut décider la même choſe à l'égard du loyer de toutes les autres eſpeces d'héritages, dont la jouiſſance eſt continuelle & quotidienne ; tels que ſont un magaſin, un moulin, *&c.* Le loyer de ces choſes, de même

que celui des maiſons, écheoit, & eſt dû par partie chaque jour, & eſt de même acquis par parties chaque jour à la communauté.

221. Les arrérages de rentes, ſoit foncieres, ſoit conſtituées, ſoit perpétuelles, ſoit viageres, ſont auſſi des eſpeces de fruits civils, qui comme les loyers de maiſon écheent auſſi, & ſont dûs par parties par chacun jour, du temps pendant lequel ils ont couru; c'eſt pourquoi, lors du rachat de ces rentes, on doit payer avec le principal, non-ſeulement les arrérages échus juſqu'au dernier terme, mais auſſi, ceux qui ſont dûs pour tous les jours qui ſe ſont écoulés depuis le dernier terme juſqu'au jour du rachat.

Par la même raiſon, lors de la diſſolution de la communauté, les arrérages des rentes propres de l'un ou de l'autre des conjoints, appartiennent à la Communauté, non-ſeulement pour tout ce qui en eſt échu juſqu'aux termes qui ont précédé la diſſolution de communauté; mais auſſi pour tout le temps qui s'eſt écoulé depuis leſdits derniers termes juſqu'au jour de la diſſolution.

Quand même la rente fonciere ſeroit dûe ſur des biens de campagne, les arrérages ſe compteroient de jour à jour, de même que ceux des autres rentes, de la maniere dont nous venons de l'expliquer; car ces arrérages de rente fonciere, différents en cela des fermes, ne ſont pas dûs pour raiſon des fruits qui ſe recueillent ſur l'héritage ſujet à la rente; mais pour raiſon du fonds même de l'héritage, & de la poſſeſſion qu'en a le détenteur ſujet à la rente.

222. Tout ce que nous venons de dire, touchant la maniere de compter les loyers des maiſons & les arrérages des rentes, eſt un droit commun qui s'obſerve par-tout, même dans la Coutume d'Orléans, quoiqu'elle ait un article, qui dans les termes dans leſquels il eſt conçu, paroît contraire, mais qui a reçu par l'uſage une interprétation conforme au droit commun. Voici cet article 207, qui eſt conçu en ces termes: » fruits civils, coupés » & abattus en maturité, enſemble les moiſons & fermes dûes à raiſon deſ» dits fruits, ſont réputés meubles, encore que les termes de payer leſdites » moiſons ou fermes, ne ſoient échus; & au regard des arrérages de rentes » foncieres ou conſtituées, & loyers de maiſons, ſont réputés meubles, *lors* » *ſeulement que les termes de paiement ſont échus* ».

Par ces derniers termes, *ſont réputés meubles, lors ſeulement que les termes de paiement ſont échus*; il ſembleroit que la coutume voudroit dire que les loyers de maiſon & les arrérages de rente ne deviennent meubles, ne commencent à être dûs, & ne ſont acquis à la communauté, que lorſque le terme de paiement eſt échu; & qu'en conſéquence, il ne peut être rien dû à la communauté dans les loyers ou rentes dont le terme de paiement n'eſt échu qu'après la diſſolution.

Néanmoins, cet article n'eſt pas entendu dans la Province, dans ce ſens qu'il paroît préſenter; un uſage conſtant lui a donné une autre interprétation, ſuivant laquelle tout ce que la Coutume veut dire en cet article, eſt qu'au lieu que les fermes des biens de campagne auſſitôt que les fruits ſont recueillis ſont dûes entiérement, & ſont en conſéquence ameublis & acquis pour le total à la communauté, quoique les termes de paiements deſdites

fermes ne ſoient pas encore échus ; au contraire, les loyers de maiſons & les arrérages de rente ne ſont ameublis & acquis *pour le total* à la communauté, & ne ſont *entiérement* dûs que lors ſeulement que les termes de paiement ſont échus ; mais quoiqu'ils ne ſoient pas ameublis *pour le total* & dûs *entiérement* auparavant, ils ne laiſſent pas auparavant de s'ameublir par parties, & d'être acquis à la communauté par parties, à meſure que s'écoule le tems de ce terme ; de maniere que dans le terme qui n'écheoit qu'après la diſſolution, il eſt dû à la communauté dans la ſomme dûe pour ce terme, une portion pour le temps qui en a couru durant la communauté.

C'eſt l'interprétation que donnent à cet article, Lalande & l'Auteur des notes de 1711, & que j'ai ſuivies dans mes notes de l'édition de 1760 ; & elle eſt conſtamment ſuivie dans l'uſage. Dans tous les actes de partage de communauté, on ne manque jamais de tirer en ligne dans la maſſe de l'actif de la communauté, les arrérages de chaque rente propre de l'un ou de l'autre conjoint, échus juſqu'au dernier terme, & enſuite le montant de ce qui en a couru depuis le dernier terme juſqu'au jour de la mort du prédécédé, qui a diſſous la communauté.

223. Il réſulte de tout ce que nous venons de dire, que les loyers de maiſons & les arrérages de rente ſe comptent de jour à jour, *de die in diem* ; c'eſt-à-dire, que la ſomme due pour chaque terme ou demi-terme de loyer de maiſon ou d'arrérages de rentes, ſe diviſe en autant de portions qu'il y a de jours, dont le terme ou demi-terme eſt compoſé ; leſquelles portions ſont dues & acquiſes à la communauté, à meſure que s'écoule chacun des jours dont le terme ou demi-terme eſt compoſé : mais ces loyers & arrérages de rentes ne ſe comptent pas de *momento ad momentum*, c'eſt-à-dire, que ce qui eſt dû pour chaque jour de loyer ou d'arrérages de rentes, ne ſe ſubdiviſe pas ; c'eſt pourquoi il n'importe à quelle heure du jour ſoit arrivée la mort du conjoint prédécédé qui a diſſous la communauté : ce qui eſt dû, pour ce jour, de loyer ou d'arrérages de rentes, ne commence à être dû que lorſque ce jour eſt entiérement écoulé, & ne peut appartenir à la communauté, n'ayant commencé à être dû que depuis la mort du conjoint, arrivée en ce jour avant qu'il fût entiérement écoulé.

224. Les arrérages de cens ſont une eſpece de fruits civils, différente des arrérages de rente fonciere ; le cens étant principalement dû *in recognitionem directi dominii*, c'eſt-à-dire, pour la reconnoiſſance ſolemnelle que le cenſitaire à un certain jour marqué par les titres, doit faire de la Seigneurie directe qui appartient au Seigneur ſur ſon héritage, ce cens n'eſt dû & ne commence à être dû, qu'au jour auquel doit ſe faire cette reconnoiſſance ſolemnelle de la Seigneurie, c'eſt-à-dire, au jour auquel ce cens eſt payable ; c'eſt pourquoi ſi la diſſolution de la communauté eſt arrivée avant ce jour, fût-ce la veille de ce jour, il n'eſt dû à la communauté aucune portion dans les ſommes qui doivent être payées ce jour par les cenſitaires.

Mais ſi la diſſolution de la communauté eſt arrivée le jour même que le cens eſt payable, tous les cens qui ſont payables ce jour doivent appartenir à la communauté ; car auſſi-tôt que ce jour eſt arrivé ; dès le premier moment de ce jour, il y a une ouverture au devoir de la reconnoiſſance de la

la Seigneurie directe: & par conſéquent, le cens qui doit ſe payer en témoignage de cette reconnoiſſance, a commencé d'être dû, quoique les cenſitaires aient tout le temps de ce jour, c'eſt-à-dire, depuis le matin juſqu'au commencement de la nuit, pour s'acquitter de cette dette.

A l'égard des défauts encourus par les cenſitaires qui ne ſont pas venus payer le cens ce jour, ils ne ſont pas dûs à la communauté, dont la diſſolution eſt arrivée le jour que le cens eſt payable; car ces défauts étant la peine de la demeure en laquelle a été le cenſitaire de venir reconnoître la Seigneurie, & payer le cens au jour marqué, ils ne peuvent commencer à être dus qu'après que ce jour eſt écoulé entiérement, & par conſéquent après la diſſolution de la communauté, qu'on ſuppoſe arrivée dans ce jour; le cenſitaire qui pouvoit encore s'acquitter de ce devoir au dernier inſtant de ce jour, n'ayant pu être en demeure qu'après que ce jour a été entiérement écoulé.

On oppoſera, peut-être, que nous avons dit *ſuprà*, *n.* 223, que ce qui étoit dû pour loyer de maiſon ou arrérages de rente, pour le jour auquel eſt arrivée la diſſolution de la communauté, n'appartenoit pas à la communauté: n'eſt-pas tomber en contradiction avec nous-mêmes, que de dire que le cens dû le jour qu'eſt arrivée la diſſolution de communauté, appartient à la communauté? Non: la raiſon de différence vient de la différente cauſe de ces dettes; un jour de loyer eſt le prix d'un jour de jouiſſance que le locataire a eu de la maiſon qui lui a été louée; un jour d'arrérages de rente, eſt le prix d'un jour de la jouiſſance que le débiteur de la rente a eu ou dû avoir du ſort principal de la rente; le locataire de la maiſon, le débiteur de la rente, ne doivent donc le jour de loyer ou le jour d'arrérages de rentes, que lorſqu'ils ont eu ce jour de jouiſſance; & ils ne l'ont eu, que lorſque le jour eſt écoulé; le jour de loyer ou d'arrérages de rente, n'eſt donc dû que lorſqu'il eſt écoulé; il n'eſt donc dû qu'après que la diſſolution de la communauté eſt arrivée, qu'on ſuppoſe être arrivée dans ce jour, & il ne peut par conſéquent appartenir à la communauté. Au contraire, le cens eſt dû pour la reconnoiſſance de la Seigneurie; il eſt donc dû auſſi-tôt qu'il y a ouverture à ce devoir: or il y a ouverture à ce devoir, auſſi-tôt que le jour auquel doit ſe faire cette reconnoiſſance, & auquel le cens eſt payable, eſt arrivé. Quoique le cenſitaire ait tout le temps de ce jour pour s'acquitter de cette dette, il ne s'enſuit pas qu'il n'en ſoit pas débiteur dès le commencement du jour; & lorſqu'il va payer le cens dans les premieres heures du jour, on ne peut pas dire qu'il le paye d'avance: le cens étant donc dû auſſi-tôt que le jour auquel il eſt payable eſt arrivé, & dès le commencement de ce jour, il a été dû pendant que la communauté duroit encore, quoique la diſſolution en ſoit arrivée dans le cours de ce jour.

225. Il eſt évident que les dixmes & les champarts ne ſont dûs qu'au temps & à meſure que ſe fait la récolte des fruits qui ſont ſujets à ces droits; & il en eſt de même des fermes de ces droits, lorſqu'on les a donnés à ferme. Tout ce qui a été dit des fruits que la terre produit, & des fermes des biens de campagne, reçoit application à l'égard de ces droits & des fermes de ces droits.

226. Les droits casuels sont une autre espece de fruits civils ; tels sont les profits Seigneuriaux qui sont dûs en cas de ventes, ou de mutations des biens relevants en fief ou en censive d'une Seigneurie propre de l'un ou de l'autre des conjoints ; ils sont dûs & acquis à la communauté, aussi-tôt que la clause qui y donne ouverture, arrive durant la communauté.

Par exemple, lorsqu'un héritage relevant soit en fief soit en censive de la Seigneurie de l'un des conjoints, est vendu ; aussi-tôt que la convention a été arrêtée, soit par acte devant Notaires, soit par acte sous signatures privées, le profit de ventes est dû ; & si c'est durant le temps de la communauté qu'elle a été arrêtée, il est acquis à la communauté.

A l'égard de l'amende pour ventes recélées, étant dûe pour la demeure en laquelle a été le censitaire de déclarer son contrat ; quoique la vente ait été faite durant le temps de la communauté, & qu'en conséquence le profit de ventes ait été acquis à la communauté, l'amende pour ventes recélées, n'appartiendra pas à la communauté, si le temps qu'il avoit pour déclarer son contrat, n'est expiré que depuis la dissolution de la communauté.

Les profits de rachat qui sont dus pour les mutations, sont pareillement dus & acquis à la communauté, aussi-tôt que les morts ou les mariages qui ont opéré ces mutations, sont arrivées durant la communauté.

227. Quoique la mort du vassal qui a fait naître le profit de rachat, & celle de l'un des conjoints qui a dissous la communauté, soient arrivées le même jour ; si on peut justifier que celle du vassal a précédé celle du conjoint, le profit appartiendra à la communauté, comme étant né pendant qu'elle duroit encore ; la mort du conjoint qui l'a dissoute n'étant arrivée que depuis : si au contraire, celle du conjoint a précédé, le profit né par la mort du vassal, qui n'est arrivée que depuis, appartiendra en entier au propriétaire de la Seigneurie, comme n'étant né que depuis la dissolution de la communauté.

S'il étoit incertain laquelle des deux morts a précédé, je pense que dans le doute le profit doit appartenir à celui des conjoints ou à ses héritiers qui sont propriétaires de la Seigneurie, & qu'il ne peut être prétendu par la communauté : ma raison est qu'un propriétaire en sa qualité de propriétaire, est fondé de droit commun, & a un droit général pour prétendre tous les fruits qui sont nés de sa chose, tant qu'un autre ne justifie pas avoir un droit particulier pour les prétendre à son exclusion ; c'est donc à l'autre conjoint, ou à ses héritiers, qui font valoir les droits de la communauté, à justifier que le profit appartient à la communauté, & par conséquent, à justifier que le profit est né durant la communauté, & que la mort du vassal qui l'a fait naître, a précédé la dissolution de la communauté ; faute de pouvoir justifier cela, le profit, dans le doute, appartient au propriétaire.

On peut faire la même question, lorsque le contrat de vente qui a donné ouverture au profit, a été passé le jour de la mort de l'un des conjoints, & qu'il est incertain si le contrat a précédé la mort.

228. Les amendes, les épaves, les droits de deshérence & de confiscation, sont les fruits civils d'un droit de justice Lorsque l'un des conjoints est propriétaire d'un droit de justice, ces fruits de son droit de justice tombent,

de même que tous les autres fruits des propres, dans la communauté, lorsqu'ils naissent durant la communauté.

Les amendes en matiere civile, telles que sont toutes les amendes de police, sont dues & acquises à la communauté, aussi-tôt qu'est rendu le jugement qui les prononce, lorsque ce jugement est contradictoire : s'il est rendu par défaut, l'amende prononcée par ce jugement, n'est due que du jour de la signification du jugement.

229. Le droit d'épave, est un autre fruit du droit de justice ; il fait partie de celui que notre Droit François donne au Haut-Justicier, de s'attribuer privativement à tous autres, toutes les choses qui n'ont point de maîtres, τὰ ἀδέσποτα qui se trouvent dans le territoire de leur justice. On appelle *épaves*, les bêtes ou autres meubles égarés ; celui qui les trouve, doit, à peine d'amende, les déférer à Justice du lieu où il les trouve.

Le droit du Seigneur de justice, par rapport aux épaves, consiste à se les faire adjuger ou vendre à son profit au bout d'un certain temps prescrit par les Coutumes ou par l'usage, qui commence à courir du jour qu'elles ont été déférées, & après les proclamations faites pendant ce temps aux lieux & jours accoutumés, lorsqu'elles n'ont pas été réclamées par le propriétaire avant l'adjudication.

Ce fruit n'est censé perçu, & n'est acquis au Seigneur de la justice que par l'adjudication : car la chose pouvant toujours être réclamée par le propriétaire jusqu'à l'adjudication ; ce n'est que par l'adjudication qu'elle est acquise au Seigneur de la justice, & elle ne tombe par conséquent dans la communauté, que lorsque l'adjudication en a été faite durant la communauté.

230. Le trésor trouvé en terre, pour la portion que notre Droit François en accorde au Seigneur de la justice du lieu où il a été trouvé, est un fruit de son droit de justice, qui lui est acquis aussi-tôt que la découverte en a été faite, & qui appartient par conséquent, comme fruit, à la communauté, si la découverte en a été faite durant la communauté : il n'est pas besoin d'attendre, comme à l'égard des épaves, si quelqu'un viendra le réclamer ; car le trésor est par sa nature une chose dont on ne peut connoître le propriétaire : *Vetus depositio pecuniæ cujus memoria non extat*, & qui par conséquent, n'est pas sujet à réclamation.

231. Les droits de deshérence & de confiscation, sont aussi des fruits du droit de justice ; ils consistent dans le droit qu'ont les Seigneurs de justice, de s'attribuer les biens situés ou trouvés dans le territoire de leur justice, des personnes qui sont mortes sans laisser aucun héritier, ou qui ont été condamnées par un jugement qui emporte confiscation ; le droit à ces biens est acquis au Seigneur de justice, dès l'instant de la mort de celui qui n'a pas laissé d'héritiers, ou de la prononciation du jugement qui emporte confiscation, lorsqu'il est contradictoire, & s'il est par défaut, du jour l'exécution. Lorsque le droit à ces biens est acquis au Seigneur de justice pendant la communauté, il appartient comme fruit de son droit de justice à la communauté.

232. Il nous reste à observer à l'égard des fruits des propres des conjoints, que non-seulement les fruits de ceux qui ont une durée perpétuelle,

appartiennent à la communauté, mais pareillement les fruits de ceux qui ont une durée bornée à un temps certain ou incertain : tels ſont les fruits d'un héritage, dont l'un des conjoints n'a qu'un droit de propriété reverſible ; ou dans leſquels il n'a qu'un droit d'uſufruit : tels ſont les arrérages d'une rente viagere propre de l'un des conjoints, comme il a été jugé par l'Arrêt du 4 Août 1729, rapporté *ſuprà*, *n.* 90.

## SECTION II.

### *Du paſſif de la communauté.*

Le paſſif de la communauté légale conſiſte principalement dans les dettes de chacun des conjoints dont cette communauté eſt chargée : nous en traiterons dans le premier article. La communauté a encore d'autres charges qui ſont partie de ſon paſſif, dont nous ferons l'énumération dans le ſecond article.

### ARTICLE PREMIER.

### *Des dettes des conjoints.*

Pour connoître quelles ſont les dettes de chacun des conjoints qui ſont une charge de leur communauté, nous traiterons ſéparément de celles qu'ils ont contractées avant leur mariage ; de celles que chacun des conjoints contractent durant leur mariage ; & enfin des dettes des ſucceſſions qui leur échéent durant le mariage.

#### §. I.

#### *Des dettes que les conjoints ont contractées avant leur mariage.*

233. La communauté légale eſt chargée de toutes les dettes mobiliaires dont chacun des conjoints étoit débiteur au temps que s'eſt contracté le mariage.

Cela eſt conforme à un principe de notre ancien Droit François, que les dettes mobiliaires d'une perſonne ſont une charge de l'univerſalité de ſes meubles. Chacun des conjoints, en ſe mariant, faiſant entrer l'univerſalité de ſes meubles dans la communauté légale, il s'enſuit, ſuivant ce principe, que cette communauté doit être tenue de leurs dettes mobiliaires, qui en ſont une charge.

La Coutume de Paris, *art.* 221, s'en explique : « A cauſe de laquelle communauté, le mari eſt tenu perſonnellement payer les dettes mobiliaires dues » à cauſe de ſa femme ; .... & auſſi la femme eſt tenue après le trépas de ſon » mari, payer la moitié des dettes mobiliaires faites & accrues par ledit mari, » tant durant ledit mariage, qu'auparavant icelui, &c. »

Nous ne citons cet article, que pour faire voir que la Coutume de Paris fait entrer dans la communauté légale toutes les dettes mobiliaires dont chacun des conjoints étoit débiteur lorſqu'ils ont contracté leur mariage : nous réſervons de rapporter cet article en entier, & d'en donner l'explication *infrà*, *part.* 5, où nous traiterons de la maniere dont chacun des conjoints eſt tenu des dettes de la communauté, après ſa diſſolution.

234. Une dette eſt mobiliaire, lorſque la choſe dûe eſt une choſe mobiliaire : par exemple, les dettes d'une ſomme d'argent, d'une certaine quantité de bled ou de vin, d'un cheval, d'un lit, *&c.* ſont des dettes mobiliaires.

235. Lorſque quelqu'un s'eſt obligé à faire ou à ne pas faire quelque choſe, cette dette eſt une dette mobiliaire ; car à faute par le débiteur d'accomplir ſon obligation, elle ſe réſout en des dommages & intérêts, qui conſiſtent dans une ſomme d'argent à laquelle ils ſont évalués ; & par conſéquent, en quelque choſe de mobilier.

236. Quoique ces dettes ſoient accompagnées d'hypotheque, telles que celles pour leſquelles il y a un acte devant Notaires, ou une ſentence, elles ne laiſſent pas d'être dettes mobiliaires, & d'être par conſéquent une charge de la communauté des conjoints, qui s'en ſont trouvés débiteurs lorſqu'ils ont contracté leur mariage.

237. Lorſque l'un ou l'autre des conjoints a contracté avant ſon mariage une dette mobiliaire ſolidairement avec d'autres ; étant débiteur de cette dette pour le total, la communauté en eſt chargée pour le total, ſauf à exercer le même recours qu'a le conjoint, contre ceux qui en ſont les codébiteurs.

Mais ſi le conjoint, lorſqu'il s'eſt marié, n'étoit perſonnellement débiteur d'une dette mobiliaire que pour certaine portion ; quoiqu'il en fût tenu hypothécairement pour le total, la communauté ne ſera chargée que pour la portion pour laquelle ce conjoint en eſt perſonnellement tenu.

Par exemple, ſi l'un des conjoints a été, avant ſon mariage, héritier pour un quart d'une perſonne, ſa communauté ne ſera chargée que pour un quart des dettes mobiliaires hypothécaires de cette ſucceſſion, dont le conjoint étoit encore débiteur lorſqu'il s'eſt marié ; elle n'en ſera pas chargée pour le ſurplus ; car ces dettes ne ſont dettes de la perſonne du conjoint, que pour le quart dont il en eſt perſonnellement tenu en ſa qualité d'héritier ; pour le ſurplus, elles ne ſont pas une dette de ſa perſonne, mais une charge des biens de la ſucceſſion qui y ſont hypothéqués, & auxquels il a ſuccédé ; ces biens n'entrant pas dans la communauté, elle ne doit pas être tenue de cette charge : c'eſt pourquoi ſi ces dettes ſont payées durant la communauté, ſans qu'on ait pu avoir de recours contre les cohéritiers du conjoint, à cauſe de leur inſolvabilité, le conjoint dont les biens ont été libérés, doit à la communauté récompenſe pour les trois quarts.

238. En général, la Coutume en chargeant la communauté légale des dettes paſſives des conjoints, ne la charge que des dettes mobiliaires, dont ils ſont débiteurs perſonnels, & non de celles dont ils ne ſont tenus qu'hypothécairement, à cauſe de quelqu'un de leurs héritages qui y eſt hypothéqué ; c'eſt pourquoi, ſi pour libérer l'héritage ces dettes ſont acquittées, durant le mariage, des deniers de la communauté, le conjoint dont l'héritage a été libéré, doit récompenſe à la communauté, qui n'étoit pas tenue de cette dette.

239. On a coutume d'apporter une exception au principe, que toutes les dettes mobiliaires dont chacun des conjoints ſe trouve débiteur lorſqu'ils contractent leur mariage, ſont une charge de la communauté.

Cette exception concerne les dettes mobiliaires, qui ont pour cauſe, le prix d'un propre de communauté de l'un ou de l'autre des conjoints.

Par exemple, ſi j'ai acheté, avant mon mariage, un héritage pour le prix d'une ſomme de dix mille livres, payable dans un certain temps, dont je ſuis encore débiteur lors de mon mariage; quoique cette dette ſoit une dette mobiliaire, puiſqu'elle eſt la dette d'une ſomme d'argent; néanmoins la communauté n'en ſera pas chargée. Par la même raiſon, ſi lors de mon mariage j'étois débiteur d'une certaine ſomme d'argent pour un retour de partage d'immeubles, d'une ſucceſſion qui m'eſt échue avant mon mariage; ce retour étant le prix des immeubles qui me ſont échus par le partage, leſquels me ſont propres de communauté; la communauté ne ſera point chargée de la ſomme que je dois pour ce retour, quoique ce ſoit une dette mobiliaire; parce qu'elle eſt due pour le prix de mes propres de communauté.

Cette exception qui eſt adoptée par tous les Auteurs, & qui eſt ſuivie dans l'uſage, eſt fondée ſur ce qu'il a paru trop dur, qu'un conjoint fît payer à la communauté le prix d'un héritage qu'il retient pour lui ſeul, & qui lui eſt propre de communauté.

Cette raiſon n'a d'application qu'au cas auquel le conjoint eſt, lors de ſon mariage, poſſeſſeur de l'héritage dont il doit le prix; & ce n'eſt que dans ce cas que la dette du prix de l'héritage, quoique mobiliaire, n'entre pas en communauté.

Mais ſi dès-avant mon mariage j'avois revendu, ou autrement diſpoſé de l'héritage, pour le prix duquel je ſuis débiteur d'une certaine ſomme; la communauté ſeroit chargée de cette dette, de même que de toutes mes autres dettes mobiliaires.

Pareillement, cette raiſon qui a fait conſidérer la cauſe de la dette, pour exclure de la communauté les dettes d'une ſomme d'argent, dont l'un des conjoints étoit débiteur pour le prix d'un propre de communauté, étant une raiſon qui n'a d'application qu'à ces dettes paſſives; c'eſt mal-à-propos que Lebrun en a voulu tirer argument, pour prétendre exclure pareillement de la communauté les dettes actives mobiliaires, antérieures au mariage, qui ont pour cauſe le prix de l'aliénation, que l'un des conjoints a fait de quelqu'un de ſes héritages avant ſon mariage. Voyez *ſuprà n.* 77.

Quelques Auteurs ont eu une opinion ſinguliere, à l'égard de cette dette du prix d'un héritage propre, acquis par l'un des conjoints avant le mariage; ils conviennent que cette dette eſt une dette propre de ce conjoint, & qu'en conſéquence le conjoint en doit récompenſe à la communauté, lorſqu'elle a été payée des deniers de la communauté. Mais ils y apportent un tempérament, qui eſt, que cette dette étant une dette, qui par ſa qualité de dette mobiliaire, devroit tomber dans la communauté, & qui n'en eſt excluſe que parce qu'elle eſt la dette du prix d'un propre du conjoint, le conjoint peut ſe décharger de cette dette, & la faire entrer dans la communauté, en abandonnant à la communauté ſon héritage propre, pour le prix duquel elle eſt dûe, & à cauſe duquel elle étoit excluſe de la communauté. Vaſlin, en ſon Commentaire ſur la Coutume de la Rochelle, cite pour cette opinion, *Valla de rebus dubiis*, Laurent Jouet & Ferriere; & il la rejette avec raiſon: car cette dette, par rapport à ſa cauſe, n'étant point entrée dans la communauté, lorſque la communauté a commencé, il

ne peut plus être permis au conjoint de l'y faire entrer par la ſuite. Le conjoint devant ſeul profiter de l'augmentation du prix qui ſurviendroit ſur ſon héritage propre, il ne doit pas, lorſqu'il eſt diminué du prix, en faire ſupporter la perte à ſa communauté, en abandonnant à la communauté cet héritage, pour ſe décharger du prix qu'il en doit.

240. Le principe, que les dettes paſſives mobiliaires de chacun des conjoints ſont une charge de la communauté légale, reçoit encore une exception à l'égard des dettes paſſives d'un corps certain, qui quoique mobilier, appartient à celui des conjoints ſeul qui en eſt débiteur, & n'eſt point entré dans ſa communauté.

On peut apporter pour exemple, la dette qui réſulte de la vente que l'un des conjoints a faite à un Marchand de bois auparavant ſon mariage, d'arbres qui étoient encore ſur pied ſur ſon héritage lors de ſon mariage; cette dette eſt une dette mobiliere de ce conjoint; car il ne doit donner les arbres qu'il a vendus, qu'après qu'ils auront été abattus, & qu'ils ſeront en conſéquence devenus choſes meubles: néanmoins comme ces arbres, quoique meubles, étant provenus, durant le mariage, d'un propre de communauté, n'entrent point en communauté, & appartiennent au conjoint ſeul à qui eſt le propre; la dette de ces arbres eſt la dette de ce conjoint ſeul, & non de la communauté.

251. Il reſte à obſerver, à l'égard des dettes paſſives mobiliaires, ſoit de l'homme, ſoit de la femme, qu'elles entrent dans la communauté légale, quand même elles excéderoient la valeur de l'actif mobilier, & même la valeur de tous les biens du conjoint qui en eſt le débiteur; la femme a un remede, qui eſt la renonciation à la communauté; mais le mari n'en a point pour ſe décharger des dettes dont ſa femme étoit débitrice, lorſqu'il l'a épouſée, & qui ſont en conſéquence entrées dans la communauté: de-là cet axiome, *qui épouſe la femme, épouſe les dettes.*

242. Quoique le mari devienne débiteur des dettes de la femme, qu'il a épouſée, les créanciers de la femme, quoiqu'ils euſſent un titre exécutoire contre elle, ne peuvent procéder contre le mari par voie d'exécution, qu'ils n'aient au préalable obtenu ſentence contre lui, qui le condamne au paiement; ou ce qui revient au même, qui déclare exécutoire contre lui les titres que les créanciers ont contre ſa femme.

243. A l'égard des dettes paſſives immobiliaires, dont chacun des conjoints eſt le débiteur lorſqu'ils contractent mariage, le conjoint, qui en eſt le débiteur, en demeure ſeul tenu, & la communauté n'en eſt pas chargée.

Par exemple, ſi peu avant mon mariage j'avois vendu un certain héritage, dont je n'avois pas encore mis l'acheteur en poſſeſſion lors de mon mariage, je demeure ſeul tenu de la dette de cet héritage envers l'acheteur; ce n'eſt point une dette de ma communauté, dans laquelle il n'eſt point entré.

Il n'importe que la dette ſoit d'un immeuble certain & indéterminé, comme dans l'eſpece précédente, ou d'un immeuble indéterminé.

Par exemple, ſi mon pere, dont je ſuis héritier, qui n'avoit point de vignes, a légué à quelqu'un en ces termes: *Je legue à un tel un arpent de vignes dans les bons cantons de la Province*; ce legs, dont j'étois encore débiteur,

lorſque je me ſuis marié, eſt la dette d'un immeuble indéterminé, dont la communauté légale avec ma femme ne doit pas être chargée; c'eſt pourquoi, ſi durant mon mariage j'achete un arpent de vignes pour le délivrer au légataire, & acquitter le legs, je devrai récompenſe à la communauté de la ſomme que j'en ai tirée, pour l'acquiſition de cet arpent, comme ayant ſervi à acquitter une dette dont j'étois ſeul tenu.

Il en ſeroit autrement ſi le legs étoit conçu en ces termes: *Je legue à un tel de quoi acheter un arpent de vignes*; ce ne ſeroit pas en ce cas un arpent de vignes qui auroit été légué, mais la ſomme d'argent qui eſt néceſſaire pour l'acheter; la dette qui réſulte de ce legs dont je ſuis tenu, ne ſeroit pas la dette d'un immeuble, mais la dette d'une ſomme d'argent, & par conſéquent une dette mobiliaire qui entre dans la communauté.

244. Si l'un des futurs conjoints qui étoit, lorſqu'il s'eſt marié, débiteur d'un héritage envers une perſonne à qui il s'étoit obligé de le donner, étoit en outre débiteur envers la même perſonne, par rapport à cet héritage, de ſommes d'argent, *putà*, pour les fruits qu'il en avoit perçus, pour les dégradations qui y avoient été faites par ſa faute; il n'y a que la dette de l'héritage qui n'entre pas dans la communauté; celles pour raiſon des fruits & des dégradations étant dettes des ſommes d'argent, & par conſéquent dettes mobiliaires, y entrent.

245. Lorſque la dette, dont l'un des conjoints eſt débiteur au temps de ſon mariage, eſt une dette alternative de deux choſes, dont l'une eſt immeuble, & l'autre eſt meuble; c'eſt le paiement qu'en fera le conjoint qui en eſt le débiteur, qui déterminera ſi la dette eſt une dette immobiliaire dont le conjoint doit être ſeul débiteur, ou ſi c'eſt une dette mobiliaire dont la communauté doit être chargée.

Cette option de paiement de l'une des deux choſes donne-t-elle lieu à quelque récompenſe. Voyez *infrà p.* 4.

Il ne faut pas confondre avec les dettes alternatives la dette d'une ſeule choſe, avec faculté au débiteur d'en payer une autre à la place, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

246. Y ayant variété dans les Coutumes ſur la nature des rentes conſtituées à prix d'argent, que les unes réputent immeubles, & les autres réputent meubles, eſt-ce la Loi du domicile du créancier, à qui la rente eſt dûe, ou celle du conjoint qui en eſt le débiteur, qui doit décider ſi la rente, dont le conjoint eſt débiteur, doit entrer, ou non, dans la communauté de ce conjoint? Lebrun, *Tr. de la Commun. L. 1, ch. 5. n. 35.* décide fort bien que c'eſt la Loi du domicile qu'a le créancier de la rente, au temps auquel le débiteur ſe marie, qui doit régler ſi elle entrera, ou non, dans la communauté; cela eſt une ſuite de ce que nous avons dit *ſuprà, n. 85*; que c'étoit la Loi du domicile du créancier de la rente, qui en régloit la nature, & qui lui donnoit la qualité d'immeuble, ou de meuble.

Suivant ce principe, ſi un Rhémois, lorſqu'il ſe marie, doit une rente à un Pariſien, cette rente étant un immeuble; ſuivant la loi du domicile du créancier qui en regle la nature, la dette de cette rente dont ce Rhémois eſt débiteur, eſt la dette d'un immeuble, qui ne doit pas par conſéquent entrer dans la communauté légale de ce Rhémois.

*Vice*

*Vice versâ*, ſi un Pariſien, lorſqu'il ſe marie, doit une rente à un Rhémois, la rente étant meuble, ſuivant la loi du créancier à qui la rente eſt due, la dette de cette rente dont le Pariſien eſt débiteur, eſt la dette d'un meuble, & par conſéquent une dette mobiliaire qui doit entrer dans la communauté légale de ce Pariſien.

Lorſque la dette d'une rente eſt entrée dans la communauté en ſa qualité de dette de *choſe mobiliaire* que donnoit à la rente la loi du domicile qu'avoit alors le créancier; quoique cette rente par la ſuite, durant le mariage, vienne à changer de nature par la tranſlation du domicile du créancier, ſous une Coutume qui répute les rentes immeubles, la communauté pour cela n'en ſera pas déchargée.

Pareillement, ſi la rente dont le conjoint étoit débiteur lorſqu'il s'eſt marié, étoit alors immeuble, quoique par la ſuite durant le mariage elle devienne meuble par la tranſlation du domicile du créancier, ce conjoint continuera d'en être ſeul débiteur.

247. Ce n'eſt qu'à l'égard de leur principal, que les rentes conſtituées ſont réputées immeubles, & qu'elles n'entrent pas dans la communauté légale du conjoint qui en eſt le débiteur: les arrérages ſont dettes mobilieres, qui entrent dans cette communauté.

Il eſt évident que les rentes foncieres dont les héritages des conjoints ſont chargés, n'entrent point dans la communauté légale dans laquelle les héritages qui en ſont chargés n'entrent pas; mais tout ce qui en eſt dû d'arrérages lors de la célébration du mariage, y entre, ces arrérages étant une dette mobiliaire du conjoint à qui les héritages appartiennent.

La communauté eſt auſſi tenue de tous les arrérages des rentes, tant conſtituées que foncieres, dues par chacun des conjoints, qui courront pendant tout le temps qu'elle durera; car puiſque tous les revenus des biens propres de chacun des conjoints appartiennent à la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *ſect.* 1, *art.* 3, elle doit être tenue de ces arrérages, qui ſont les charges deſdits revenus, & qui les diminuent de plein droit.

C'eſt pourquoi, les créanciers des rentes, ſoit foncieres, ſoit conſtituées, dues par la femme, ſont en droit d'exiger du mari, comme chef de la communauté, un titre nouvel, par lequel il s'oblige, en ſa qualité de mari d'une telle, à la preſtation des arrérages deſdites rentes, qui courront pendant tout le temps que la communauté durera.

## §. II.

### *Des dettes que les conjoints contractent durant le mariage.*

248. Le mari étant, pendant que le mariage & la communauté durent, ſeul maître de cette communauté, comme nous l'avons obſervé au commencement de ce Traité; ayant le droit d'en diſpoſer à ſon gré, tant pour ſa part, que pour celle de ſa femme, ſans ſon conſentement; même de les perdre & de les diſſiper; c'eſt une conſéquence que la communauté eſt tenue de toutes les dettes qu'il contracte, pendant que durent le mariage & la communauté.

Ce droit qu'a le mari, de charger les biens de la communauté, tant pour la part qu'il y a, que pour celle qu'y a ſa femme, de toutes les dettes qu'il contracte pendant la communauté, eſt une ſuite de la qualité qu'il a de chef de la communauté, que lui donne le droit de puiſſance qu'il a ſur ſa femme; la femme lorſque ſon mari contracte, eſt cenſée, non en ſon propre nom, mais en ſa qualité de commune, contracter & s'obliger avec lui pour ſa part en la communauté, même ſans qu'elle en ait rien ſçu, & ſans qu'elle puiſſe s'y oppoſer.

Ce principe a lieu à l'égard de toutes les dettes que le mari contracte, pendant que dure la communauté.

Il n'importe que la communauté en ait profité, ou non; il n'importe même qu'il les ait contractées pour les affaires de la communauté, ou non. Par exemple, ſi le mari, durant le mariage, s'eſt rendu caution pour quelqu'un, pour des affaires auxquelles il n'a aucun intérêt, & uniquement pour faire plaiſir au débiteur ſon ami; quoique le cautionnement ne concerne point les affaires de la communauté, elle ne laiſſera pas d'être chargée de la dette qui réſulte de ce cautionnement, quand même le débiteur, que le mari a cautionné, ſeroit inſolvable.

Il y a plus: lorſque le mari a commis un délit, pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la vérité, que ſa femme, qui n'y a eu aucune part, ſoit cenſée l'avoir commis avec lui; mais elle n'en eſt pas moins cenſée s'être obligée avec lui, en ſa qualité de commune, à la réparation du délit, pour ſa part en la communauté; cette réparation eſt une dette de la communauté, quoiqu'elle n'ait profité aucunement du délit. Par exemple, ſi le mari, durant le mariage, a dans une rixe griévement bleſſé quelqu'un envers qui il a été condamné en une certaine ſomme pour réparation civile, la communauté eſt tenue de cette dette.

Elle eſt pareillement tenue des amendes auxquelles le mari eſt condamné, durant le mariage, ſoit en matiere de Police, ſoit en matiere criminelle.

249. Il faut en excepter l'amende à laquelle le mari ſeroit condamné par un Jugement à une peine capitale.

Les peines capitales ſont celles de mort, celles des galeres à perpétuité, & du banniſſement à perpétuité hors du Royaume.

La raiſon pour laquelle la communauté n'eſt pas tenue de l'amende prononcée contre le mari par un tel jugement, eſt que ce jugement faiſant perdre de plein-droit au mari ſon état civil, opere de plein-droit la diſſolution de la communauté; d'où il ſuit qu'on ne peut pas dire que la dette de cette amende ait été contractée durant la communauté; puiſque le jugement qui la prononce, & par lequel la dette de cette amende a été contractée, avoit opéré la diſſolution de la communauté.

Envain oppoſeroit-on que le crime a été commis durant la communauté; car le crime rend bien digne de l'amende celui qui l'a commis; mais elle ne l'en rend pas proprement débiteur: c'eſt le jugement de condamnation qui forme cette dette.

Il y a plus de difficulté à l'égard de la réparation civile à laquelle le

mari a été condamné envers une partie civile, par le jugement qui le condamne à une peine capitale; on peut dire que le mari, en commettant ce crime durant la communauté, a dès ce temps contracté l'obligation de réparer le tort qu'il a causé par ce crime à cette partie civile; la dette de cette réparation civile a donc été contractée durant la communauté: ce n'est pas le jugement de condamnation qui a produit cette dette, il n'a fait que la liquider. Néanmoins on juge favorablement, que lorsque la réparation civile est prononcée par un jugement capital, la communauté n'en est tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en auroit profité. Livoniere en a fait une maxime, *liv.* 4, *chap.* 1, *n.* 24.

250. Le principe que nous avons établi, que la communauté est tenue de toutes les dettes que le mari contracte, pendant qu'elle dure, souffre exception à l'égard de celles qui sont contractées pour des affaires qui concernent l'intérêt du mari seul, & dont il n'y a que lui qui profite.

Cette exception dérive d'un principe, qui est, qu'encore bien que le mari soit, durant le mariage & pendant que la communauté dure, maître absolu des biens de la communauté, & qu'il puisse en conséquence en disposer à son gré, & les dissiper, il ne peut néanmoins s'en avantager, au préjudice de la part que doit y avoir sa femme.

Suivant ce principe, si durant ma communauté je me suis obligé envers mon voisin à lui donner une certaine somme pour l'affranchissement d'un droit de servitude dont mon héritage étoit chargé envers le sien, ma communauté ne sera point tenue de cette dette; car elle a été contractée pour une affaire qui ne concerne que l'intérêt de moi seul, & dont je profite seul; c'est pourquoi, si par la suite je payois des deniers de la communauté cette somme, j'en devrois récompense à la communauté.

On peut apporter une infinité d'autres exemples. Voyez *infrà*, *part.* 4, où nous traiterons des récompenses.

251. Le principe, que la communauté est tenue de toutes les dettes que le mari a contractées pendant qu'elle dure, reçoit pareillement exception, à l'égard de celles qu'il contracte, durant la communauté, en faveur de quelqu'un des enfans qu'il a d'un précédent mariage, ou même lorsqu'il n'a pas d'enfans, en faveur de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, dont ces personnes seules profitent; car il ne peut pas plus avantager des biens de la communauté ces personnes, que lui-même, au préjudice de la part que doit y avoir sa femme.

Par exemple, si durant la communauté, le mari par le contrat de mariage de quelqu'un de ses enfans d'un précédent mariage, ou de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, s'est engagé de donner une certaine somme pour la dot, il est seul tenu de cette dette; sa communauté n'en est pas chargée.

Il en est de même de toutes les autres dettes qui ne sont contractées que pour l'intérêt de ces personnes, tel que seroit un cautionnement que le mari durant la communauté auroit subi pour les affaires de ces personnes.

252. C'est au temps que le mari a contracté la dette, qu'on considere si la personne en faveur de qui il l'a contractée, étoit son héritiere présomptive.

C'eſt pourquoi ſi un mari pendant ſa communauté, a promis une certaine ſomme pour la dot de ſa couſine, qui étoit alors ſon héritiere préſomptive; la communauté ne ſera pas tenue de cette dette, quoique par la ſuite, par des enfans qui ſont ſurvenus au mari, cette couſine ait ceſſé d'être ſon héritiere préſomptive.

*Vice verſâ.* Si cette couſine n'étoit pas alors ſon héritiere préſomptive, quoiqu'elle le ſoit depuis devenue; la communauté qui a été chargée de cette dette, continuera d'en être chargée, à moins qu'il n'eût promis expreſſément que pour le cas auquel elle le deviendroit.

Par exemple, ſi un homme qui n'a qu'un enfant, promet à une couſine qui eſt après cet enfant ſa plus proche parente, une certaine ſomme en dot, dans le cas auquel cet enfant viendroit à la prédécéder; cette dette doit être conſidérée comme contractée en faveur de ſon héritier préſomptif, puiſqu'elle eſt contractée pour le cas auquel cette couſine le deviendroit; & en conſéquence la communauté n'en doit pas être chargée.

Il n'en eſt pas de même d'une dette que le mari contracteroit ſans le conſentement de ſa femme, en faveur de quelqu'un de leurs enfans communs; cette dette eſt une charge de la communauté: car cet enfant n'appartenant pas moins à ſa femme qu'à lui, on ne peut pas dire, qu'en contractant cette dette, il attire de ſon côté, au préjudice de ſa femme, les biens de la communauté.

Par la même raiſon, lorſqu'un homme a épouſé une femme de ſa famille, & qu'ils ont l'un & l'autre pour héritiere préſomptive la même perſonne, la communauté paroît devoir être chargée de la dette que le mari, ſans le conſentement de ſa femme, a contractée en faveur de cette perſonne.

253. Le principe, que la communauté doit être chargée de toutes les dettes que le mari contracte pendant qu'elle dure, doit-il recevoir une troiſieme exception, à l'égard de l'obligation de garantie qu'il contracte envers un acheteur à qui il vend, durant la communauté, un héritage propre de ſa femme, ſans le conſentement de ſa femme? J'ai cru autrefois, que cette obligation de garantie étoit un dette de communauté, de même que toutes celles que le mari contracte pendant que la communauté dure. Dans cette ſuppoſition, j'ai décidé, dans mon Traité du Contrat de Vente, *nomb.* 179, qu'un homme ayant vendu, pendant la communauté, l'héritage propre de ſa femme, ſans ſon conſentement; la femme ayant depuis accepté la communauté, l'acheteur devoit avoir une exception de garantie contre la demande en revendication de cet héritage, pour y faire déclarer la femme non recevable pour la moitié, comme étant tenue en ſa qualité de commune, de cette obligation de garantie pour la moitié. Je crois devoir changer d'avis, & faire pour cette obligation de garantie une troiſieme exception au principe qui charge la communauté de toutes les obligations que le mari contracte pendant qu'elle dure. Voici ſur quoi je me fonde: c'eſt la loi qui donne au mari la puiſſance qu'il a ſur la perſonne & les biens de ſa femme, & qui lui donne le droit de contracter, tant pour elle que pour lui, & de la rendre en ſa qualité de commune, participante de toutes les obligations qu'il contracte, ſans avoir beſoin pour cela de ſon conſentement;

mais la Loi n'accorde au mari ce droit de puiſſance, ſur la perſonne & les biens de ſa femme, qu'à la charge expreſſe qu'il ne pourra vendre les héritages propres de ſa femme, ſans le conſentement de ſa femme. Par cette défenſe la Loi de la puiſſance maritale, excepte le contrat de vente des héritages propres de la femme, de la généralité des contrats, qu'elle autoriſe le mari comme chef de la communauté, à faire tant pour lui que pour ſa femme, en ſa qualité de commune, ſans avoir beſoin de ſon conſentement; c'eſt pourquoi lorſque le mari vend, pendant la communauté, l'héritage propre de ſa femme ſans ſon conſentement, il ne peut être cenſé avoir fait ce contrat, tant pour lui que pour ſa femme en ſa qualité de commune, ni par conſéquent avoir contracté, tant pour lui que pour ſa femme comme commune l'obligation de garantie envers l'acheteur que ce contrat renferme. Donc il contracte ſeul cette obligation de garantie : ſa communauté n'en eſt pas chargée; elle n'eſt tenue, en cas d'éviction qu'à la reſtitution du prix qu'elle a reçu; la femme peut donc, quoiqu'elle ait accepté la communauté, revendiquer ſon héritage propre que ſon mari a vendu, en offrant ſeulement à l'acquéreur, la reſtitution du prix pour la part dont elle eſt tenue comme commune; ſauf à lui à ſe pourvoir contre les héritiers du mari, pour le ſurplus, & pour les dommages & intérêts réſultants de l'obligation de garantie.

La Coutume de Poitou a ſuivi ce ſentiment, en permettant par l'art. 230 à la femme, ſans diſtinguer ſi elle eſt commune, ou non, de ſe faire rendre ſon héritage propre, lorſque le mari l'a vendu.

Lebrun, *liv.* 2, *ch.* 3, *n.* 38, dit que la femme, quoiqu'elle ait accepté la communauté, peut évincer pour le total l'acheteur de ſon héritage propre, & qu'elle eſt, comme commune, tenue envers lui, pour ſa part des dommages & intérêts réſultants de l'obligation de garantie que ſon mari a contractée durant la communauté, en le lui vendant. Cela implique contradiction; car on ne peut ſuppoſer que la femme peut évincer pour le total l'acheteur, qu'en ſuppoſant qu'elle n'eſt aucunement tenue de l'obligation de garantie que ſon mari a contractée envers lui; puiſque ſi elle en étoit tenue, elle ne ſeroit pas recevable dans ſa demande en revendication, pour la part dont elle ſeroit tenue de cette obligation; ſuivant le principe, *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*: mais ſi elle n'eſt pas tenue de cette obligation de garantie, elle ne peut pas être tenue des dommages & intérêts réſultants de l'inexécution de cette obligation.

## §. III.

### *Des dettes contractées par la femme durant la communauté.*

254. Les dettes contractées par la femme durant la communauté, pour les affaires de la communauté, ſont charges de la communauté, lorſqu'elle a été autoriſée de ſon mari pour les contracter.

Les dettes qu'elle a contractées pour raiſon d'un commerce qu'elle exerce au vu & au ſçu de ſon mari, ſont pareillement dettes de la communauté,

quoique ſon mari ne l'ait pas expreſſément autoriſée pour les contracter ; car le mari ayant donné, au moins tacitement, ſon conſentement au commerce que ſa femme exerce, il eſt cenſé avoir donné tacitement ſon conſentement aux dettes que la femme a contractées pour raiſon de ce commerce, dont elles ſont une ſuite néceſſaire.

255. A l'égard des autres dettes que la femme a contractées ſans l'approbation de ſon mari, quoiqu'elle les ait valablement contractées ; s'étant faite, ſur le refus de ſon mari, autoriſer par juſtice pour les contracter, la communauté n'en eſt tenue que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a profité de l'affaire pour laquelle elles ont été contractées.

Par exemple, ſi une femme, ſur le refus de ſon mari, s'eſt faite autoriſer par juſtice pour la pourſuite de droits ſucceſſifs qu'on lui diſputoit, la communauté ne ſera tenue des dettes que cette femme a contractées pour raiſon de cette pourſuite, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a profité.

C'eſt pourquoi ſi le mari eſt aſſigné par les créanciers de la femme pour le paiement des dettes qu'elle a contractées pour cette pourſuite, le mari en offrant de rapporter les choſes qui lui ſont parvenues de cette ſucceſſion, & de compter des fruits qu'il en a perçus, peut ſe faire décharger de leur demande.

La Coutume d'Orléans, *art.* 201, a une diſpoſition conforme à ces principes. En l'art. 201, il eſt dit : » femme conjointe par mariage peut pourſuivre ſes actions & droits avec l'autorité de ſon mari, & au refus elle peut requérir être autoriſée par juſtice, & en cette qualité intenter leſdites « actions, ſans que les Sentences ou Jugements qui pourroient être donnés à l'encontre deſdites femmes non autoriſées, ni avouées par leſdits maris, puiſſent être exécutés ſur les biens de la communauté pendant icelle : toutefois le mari ſera tenu rapporter ce qu'il aura pris & reçu à cauſe deſdits droits & actions pourſuivis par ſadite femme ».

Pour cet effet le mari doit faire un inventaire de tout ce qui lui eſt parvenu à cauſe deſdits droits, & le repréſenter aux créanciers, ou en juſtifier par quelqu'autre acte équipollent ; à peine, faute de l'avoir fait, d'être tenu indéfiniment envers leſdits créanciers.

256. Lorſque la communauté n'a aucunement profité des dettes que la femme a contractées durant le mariage ſans l'approbation de ſon mari, quoique ce ſoient des dettes qu'elle a valablement contractées, la communauté n'en eſt aucunement tenue.

Par exemple, ſi une femme, pendant ſon mariage, a commis quelque délit, pour raiſon duquel elle ait été pourſuivie & condamnée en quelque ſomme d'argent, ſoit pour amende, ſoit pour réparation ; la communauté, qui n'a pas profité du délit, ne ſera aucunement tenue de cette dette ; & comme tous les revenus des biens de la femme appartiennent à la communauté pendant tout le temps qu'elle dure, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *ſect.* 1, *art.* 3, le créancier ne ſe pourra faire payer de cette dette ſur les biens de la femme, qu'après la diſſolution de la communauté.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 200, en a une diſpoſition. Il y eſt dit : » femme mariée..... peut être convenue, ſans ſon mari, pour l'injure qu'elle

» auroit faite ou dite à aucun : toutefois ſi ladite femme eſt condamnée, » le mari & les biens, que lui & ſadite femme ont & poſſedent, conſtant » leur mariage, n'en ſont tenus durant la communauté de biens ».

La Coutume s'explique mal ; les biens de la femme ſont tenus de la dette qui réſulte de la condamnation intervenue contre elle ; ils y ſont hypothéqués du jour du Jugement ; la Coutume veut dire ſeulement, que les revenus des biens de la femme, pendant que la communauté dure, ne ſont pas tenus de cette dette ; parce que les revenus de tout ce temps n'appartiennent pas à la femme débitrice, mais à la communauté qui n'eſt pas tenue de cette dette.

Cette diſpoſition de la Coutume d'Orléans, ainſi que la précédente, rapportée *ſuprà*, étant fondée ſur les principes généraux de la communauté entre conjoints par mariage, elles doivent avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

257. Lorſque le créancier a fait conſtituer priſonniere la femme pour la réparation civile, en laquelle il l'a fait condamner ; eſt-il fondé à répéter du mari, durant le mariage, les ſommes qu'il paie pour les aliments de la femme, pendant le temps qu'il la retient en priſon ? Les moyens du créancier ſont que la communauté doit à la femme des aliments ; le créancier a donc acquitté une dette de la communauté en les lui fourniſſant ; & par conſéquent, il pourroit paroître être fondé à s'en faire rembourſer par le mari, chef de la communauté, qui étoit débitrice deſdits aliments, & à la décharge de laquelle il les a fournis.

Les moyens du mari pour ſe défendre de cette demande, ſont, que la communauté n'a pas profité des aliments que le créancier a fournis à la femme qu'il retient priſonniere ; que ceux qui auroient été fournis à la femme en la maiſon de ſon mari, qui eſt le lieu où ils lui ſont dus, n'auroient rien coûté à la communauté, qui en auroit été dédommagée par les ſervices qu'elle auroit rendus à la maiſon.

258. Quelques Coutumes ſe ſont écartées des principes généraux que nous venons d'expoſer ſur les dettes qui naiſſent des délits, ſoit du mari ſoit de la femme : telles ſont les Coutumes d'Anjou & du Maine ; ces Coutumes ne font aucune diſtinction entre le mari & la femme ; elles diſent indiſtinctement que le créancier du conjoint qui a commis le délit, peut ſe venger ſur les biens communs, pour la réparation qui lui eſt due, ſauf à l'autre conjoint qui n'a pas commis le délit, à requérir la ſéparation des biens de la communauté, à l'effet de reſtreindre le créancier à la part qu'y doit avoir le conjoint qui a commis le délit ; laquelle ſéparation de biens continue à l'avenir.

259. Il nous reſte à obſerver, que pour éviter les fraudes par leſquelles la femme pourroit éluder par des antidates, la regle qui ne lui permet pas de charger la communauté ſans le conſentement de ſon mari, des dettes qu'elle contracte durant le mariage ; la Juriſprudence des Arrêts a établi que la communauté n'étoit point tenue de toutes les dettes contractées par la femme, par des actes ſous ſignatures-privées, quoiqu'ils euſſent une date antérieure au mariage, à moins que le créancier ne juſtifiât la vérité

de cette date, sauf à lui à s'en faire payer après la dissolution du mariage par la femme; les arrêts sont rapportés par Denisard. La décision de ces arrêts est fondée sur le principe établi en notre Traité des Obligations, *n.* 749, que les actes sous signature-privée, ne font pas foi de leur date contre les tiers, contre lesquels ils sont censés n'avoir de date que du jour qu'ils sont produits. Je crois néanmoins qu'on doit avoir égard aux circonstances.

## §. IV.

### *Des dettes des successions qui échéent à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage pendant la communauté.*

260. Lorsque durant la communauté il est échu une succession à l'un ou à l'autre des conjoints, que ce conjoint a acceptée; si toute cette succession ne consiste qu'en mobilier, la communauté profitant en ce cas en entier de la succession, doit en supporter toutes les charges, & être tenue de toutes les dettes, tant des dettes mobiliaires, que des rentes qui étoient dues par le défunt. Il y a néanmoins une différence entre le mari & la femme: lorsque le mari a accepté indiscrétement la succession d'un homme insolvable, & qui ne consistoit qu'en mobilier; la communauté qui a recueilli tout l'actif de cette succession, est tenue entiérement des dettes, quoiqu'elles excedent de beaucoup l'actif dont elle a profité. Au contraire, lorsqu'une femme, sur le refus de son mari, a été autorisée par Justice, pour accepter une succession qui ne consistoit pareillement qu'en mobilier, la communauté n'est tenue des dettes de cette succession, que jusqu'à concurrence de l'actif dont elle a profité.

La raison de différence à cet égard, entre le mari & la femme, dérive des principes que nous avons établis dans les paragraphes précédents; le mari étant maître absolu des biens de la communauté pendant tout le temps qu'elle dure, pouvant en disposer à son gré, même les perdre, la communauté est chargée entiérement de toutes les dettes qu'il contracte pendant qu'elle dure, soit qu'elle ait profité ou non des affaires pour lesquelles il les a contractées, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 247; elle doit donc être chargée entiérement des dettes des successions échues au mari pendant qu'elle dure, dont le mari s'est rendu débiteur en acceptant indiscrétement ces successions, quoique ces dettes excedent l'actif desdites successions dont elle a profité. Au contraire, la femme n'ayant pas le droit de disposer des biens de la communauté pendant qu'elle dure, dans lesquels elle n'a encore qu'un droit informe, elle ne peut charger la communauté des dettes qu'elle contracte sans l'approbation de son mari, pendant qu'elle dure, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la communauté profite des affaires pour lesquelles elle les a contractées, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 254, d'où il suit que lorsque durant la communauté, une femme autorisée par justice, au refus de son mari, accepte indiscrétement une succession plus onereuse que profitable; la communauté ne peut être tenue des dettes de cette succession, dont la femme se rend débitrice en l'acceptant, si ce n'est jusqu'à concurrence

currence de ce que ladite communauté profite des biens de ladite succeſſion.

C'eſt pourquoi, ſi le mari comme chef de la communauté, eſt pourſuivi par les créanciers deſdites ſucceſſions ; en offrant de leur compter de tout ce qui lui en eſt parvenu, il doit être renvoyé de leurs demandes, & ces créanciers ſont obligés d'attendre le temps de la diſſolution de la communauté, pour ſe faire payer de ce qui manque pour les remplir, par la femme, qui en acceptant la ſucceſſion, s'eſt rendue leur débitrice ; la femme ne le pouvant plutôt, puiſque juſqu'à ce temps, les revenus de tous ſes biens ne lui appartiennent pas, mais appartiennent à la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

260. Lorſque la ſucceſſion échue à l'un des conjoints durant la communauté, n'eſt compoſée que d'immeubles, tout l'actif en ce cas étant propre de communauté au conjoint à qui la ſucceſſion eſt échue, il doit être tenu de tout le paſſif, tant des dettes mobiliaires que des rentes ; la communauté qui ne ſuccede à rien de l'actif, n'en doit être aucunement tenue, ſi ce n'eſt des arrérages & des intérêts qui courront depuis l'ouverture de la ſucceſſion juſqu'à la diſſolution ; ces arrérages & ces intérêts étant des charges des revenus des biens de cette ſucceſſion, leſquels, ainſi que ceux de tous les autres biens du conjoint, appartiennent durant tout ce temps à la communauté.

261. Lorſque la ſucceſſion qui écheoit à l'un des conjoints durant la communauté, eſt compoſée en partie, de meubles qui entrent dans la communauté, & en partie d'immeubles qui n'y entrent pas, & qui ſont propres de communauté à celui des conjoints à qui la ſucceſſion eſt échue, Lebrun & Renuſſon penſent que la communauté eſt chargée, en ce cas, de toutes les dettes mobiliaires de la ſucceſſion, & que le conjoint à qui elle eſt échue, eſt ſeul chargé de tous les principaux de rentes dues par la ſucceſſion ; ſauf que dans le cas auquel les dettes mobiliaires excéderoient l'actif mobilier, il accorde à la communauté récompenſe de cet excédent contre le conjoint, juſqu'à concurrence de ce qu'il profite des immeubles de la ſucceſſion qui lui ſont propres de communauté ; & pareillement dans le cas auquel les principaux de rentes dues par la ſucceſſion dont ils chargent le conjoint, excéderoient la valeur des immeubles auxquels il ſuccede, ils lui donnent récompenſe contre la communauté juſqu'à concurrence de ce qu'elle profite de l'actif mobilier, déduction faite du paſſif. Je penſe qu'il y a de la diſtinction à faire entre les différentes Coutumes.

Il y a des Coutumes qui chargent le mobilier des ſucceſſions de toutes les dettes mobiliaires de la ſucceſſion ; il n'eſt pas douteux que dans ces Coutumes, la communauté dans laquelle entre tout le mobilier actif des ſucceſſions échues à l'un ou à l'autre des conjoints, eſt tenue de toutes les dettes mobiliaires deſdites ſucceſſions.

Mais il y a des Coutumes, qui comme celle de Paris, *art.* 334, font contribuer les héritiers aux différentes eſpeces de biens, à toutes les différentes eſpeces de dettes, ſoit mobiliaires, ſoit rentes, à proportion de ce que chacun d'eux a dans l'actif de la ſucceſſion. L'eſprit de ces Coutumes eſt, que chaque différente eſpece de biens dont eſt compoſée l'univerſalité

de la ſucceſſion, ſoit chargée d'une portion dans toutes les différentes eſpeces de dettes, ſoit mobiliaires, ſoit rentes, qui ſoit dans la même raiſon & proportion qu'eſt la valeur de chaque eſpece de biens à celle du total de la ſucceſſion. Par exemple, ſi le mobilier de la ſucceſſion fait le tiers du total de la ſucceſſion, le mobilier dans ces Coutumes, eſt chargé du tiers de toutes les dettes tant, des mobiliaires que des principaux de rentes dus par la ſucceſſion.

Lorſqu'une ſucceſſion eſt déférée dans des Coutumes à l'un des conjoints par mariage pendant ſa communauté, & qu'elle eſt compoſée de mobilier qui entre dans la communauté, & d'immeuble qui deviennent propres de communauté à ce conjoint; j'aurois de la peine à ſuivre l'opinion de Lebrun & de Renuſſon, & j'inclinerois plutôt pour celle de Lemaître & de quelques autres auteurs qui penſent que dans ce cas la communauté doit être chargée de la portion dans toutes les dettes, tant mobiliaires que principaux de rentes dus par la ſucceſſion, dont la Coutume qui a déféré la ſucceſſion charge ce mobilier; & pareillement le conjoint qui retient les immeubles de la ſucceſſion, comme propres de communauté, doit être ſeul tenu de l'autre portion des dettes tant mobiliaires que principaux de rentes, dont la communauté charge les immeubles de cette ſucceſſion.

Par exemple, ſi le mobilier de la ſucceſſion en fait le tiers, & les immeubles en ſont les deux autres tiers; la communauté ſera tenue du tiers de toutes les dettes tant mobiliaires que principaux de rentes, & le conjoint ſera tenu ſeul des deux autres tiers, ſauf que la communauté ſera tenue en entier de tous les intérêts & arrérages qui courront pendant tout le temps que la communauté durera; parce que les revenus deſdits immeubles, ainſi que ceux de tous les biens du conjoint, appartiennent pendant ledit temps à la communauté.

Je me fonde ſur ce que le Contrat de communauté qui intervient tacitement entre les conjoints, renferme, de même que tous les autres Contrats de Société, des ceſſions réciproques, que chacune des parties fait à l'autre partie, des choſes & droits qu'elle met dans la communauté, pour la part que l'autre conjoint doit avoir dans la communauté; c'eſt pourquoi, lorſqu'il m'eſt échu une ſucceſſion pendant ma communauté, au partage que je fais après la mort de ma femme des biens de la communauté avec l'héritier de ma femme; cet héritier de ma femme doit être conſidéré en ſa qualité de commun pour moitié, comme ceſſionnaire pour moitié de mes droits ſucceſſifs dans le mobilier de la ſucceſſion; il doit par conſéquent être tenu des dettes de cette ſucceſſion que j'ai fait entrer dans la communauté, de la même maniere qu'en ſeroit tenu tout autre ceſſionnaire, à qui un héritier auroit fait une ceſſion de la moitié de ſes droits ſucceſſifs dans le mobilier d'une ſucceſſion; or, un tel ceſſionnaire, dans la Coutume de Paris, ſeroit tenu de la moitié, non de toutes les dettes mobiliaires de cette ſucceſſion, mais de la portion que le mobilier de cette ſucceſſion doit porter dans toutes les dettes, tant mobiliaires que rentes dues par cette ſucceſſion, ſuivant la contribution & répartition qui doit s'en faire ſur les différentes eſpeces de biens dont la ſucceſſion eſt compoſée: dans cette

eſpece, l'héritier de ma femme doit donc pareillement être tenu de la moitié, non de toutes les dettes mobiliaires de la ſucceſſion tombée en communauté, mais de la portion que le mobilier de ladite ſucceſſion doit porter dans toutes les dettes, tant mobiliaires que rentes dues par ladite ſucceſſion; & ce n'eſt que de cette portion dont la communauté doit être chargée.

On oppoſe contre cette opinion, qu'elle eſt contraire aux principes de la matiere de la communauté. Suivant ces principes, la communauté doit être chargée de toutes les dettes mobiliaires de chacun des conjoints : les dettes d'une ſucceſſion par l'acceptation pure & ſimple que l'héritier fait de la ſucceſſion, deviennent des dettes perſonnelles de l'héritier ; les dettes mobiliaires d'une ſucceſſion que l'un des conjoints a acceptées durant la communauté, étant devenues les dettes de ce conjoint, la communauté qui doit être chargée de toutes les dettes mobiliaires de chacun des conjoints, doit donc être chargée de toutes les dettes mobiliaires de la ſucceſſion, qui ſont devenues par ſon acceptation les dettes de ce conjoint. L'opinion de Lemaître qui ne l'en charge que d'une partie, eſt donc contraire aux principes de la communauté.

La réponſe eſt que le principe qui charge la communauté de toutes les dettes mobiliaires de chacun des conjoints, ſouffre une exception à l'égard de celles que l'un des conjoints a contractées, pour raiſon de quelqu'un de ſes propres de communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 239 : or, les dettes mobiliaires de la ſucceſſion pour la portion dont les immeubles de la ſucceſſion ſont chargés, ſont dettes que le conjoint a contractées pour raiſon deſdits immeubles, auxquels il a ſeul ſuccédé, & par conſéquent pour raiſon de ſes propres de communauté, qui doivent être exceptées de la regle qui fait tomber les dettes mobiliaires des conjoints dans la communauté, & dont il doit être tenu ſeul.

Deniſart atteſte que cette opinion, que nous avons embraſſée, eſt ſuivie par l'uſage au Châtelet de Paris.

262. J'étois créancier, lorſque je me ſuis marié, d'une rente conſtituée, qui m'étoit due par un de mes parens; cette rente étant réputée immeuble, m'eſt un propre de communauté ; depuis je ſuis devenu unique héritier pur & ſimple du débiteur de cette rente : ſuis-je fondé à prétendre que notre communauté me doit faire raiſon de cette rente, ou pour le total, ſi la ſucceſſion qui m'eſt échue ne conſiſtoit qu'en mobilier, & eſt entrée en entier dans notre communauté, ou pour la portion dont le mobilier de cette ſucceſſion étoit tenu des dettes de cette ſucceſſion, ſi elle conſiſtoit en mobilier & en immeubles ? La raiſon de douter eſt, qu'il s'eſt fait extinction & confuſion de cette rente, lorſque je ſuis devenu l'unique héritier pur & ſimple de celui qui en étoit le débiteur, les qualités de créancier & de débiteur étant des qualités qui ſe détruiſent réciproquement, lorſqu'elles viennent à concourir dans une même perſonne : or, dit-on, je ne puis être fondé à prétendre que notre communauté me faſſe raiſon de ce qui n'exiſte plus ; notre communauté n'a pu jamais être débitrice envers moi de cette rente, puiſqu'elle a ceſſé d'exiſter auſſi-tôt & dans le même inſtant que je ſuis devenu héritier de mon débiteur. Nonobſtant cette raiſon, il faut dé-

cider que notre communauté eſt tenue envers moi de la continuation de cette rente ; & qu'en conſéquence, lors de la diſſolution de la communauté, ma femme ou ſes héritiers, en cas d'acceptation de la communauté, ſeront tenus de me la continuer pour la moitié qu'ils ont dans la communauté. Cette déciſion eſt fondée ſur la Loi 2, §. 18, ff. *de hered. vend.* qui décide que lorſqu'un héritier, après avoir accepté une ſucceſſion, a cédé à quelqu'un ſes droits ſucceſſifs ; le ceſſionnaire deſdits droits ſucceſſifs eſt tenu de faire raiſon à l'héritier ſon cédant, de ce qui étoit dû audit cédant par le défunt, dont on a cédé les droits ſucceſſifs, *Quum quis debitori ſuo heres extitit*, dit cette loi, *confuſione creditor eſſe deſinit ; ſed ſi vendidit hereditatem, æquiſſimum videtur emptorem hereditatis, vicem heredis obtinere, & ideircò teneri venditori hereditatis.* Or, comme nous l'avons obſervé, notre communauté dans laquelle entrent les biens & les droits de la ſucceſſion de mon débiteur qui m'eſt échue, doit être conſidérée comme un ceſſionnaire de droits ſucceſſifs ; elle doit donc, aux termes de cette Loi, me faire raiſon de ce qui m'étoit dû par le défunt.

La raiſon de la Loi eſt, que le ceſſionnaire de droits ſucceſſifs ayant tout l'émolument de la ſucceſſion, en doit auſſi ſupporter toutes les charges ; c'eſt pourquoi il doit rembourſer à l'héritier ſon cédant, tout ce que l'héritier a payé pour acquitter les dettes de la ſucceſſion, non-ſeulement par des paiemens réels, mais par la confuſion qui s'eſt faite des dettes de la ſucceſſion qui étoient dues à l'héritier ; laquelle confuſion eſt une eſpece de paiement.

263. Que doit-on décider ſur la queſtion inverſe ? J'étois, lorſque je me ſuis marié, débiteur envers un de mes parens, d'une certaine ſomme pour le prix d'un héritage qu'il m'avoit vendu peu avant mon mariage, & qui étoit par conſéquent propre de communauté ; cette dette ayant été contractée pour raiſon d'un propre de communauté, j'en ſuis tenu ſeul, elle n'eſt pas dette de communauté, *ſuprà*, *n.* 239 ; depuis je ſuis devenu, durant ma communauté, héritier unique du créancier ; cette créance que le défunt avoit contre moi, étant une créance mobiliaire, ſera-t-elle cenſée être entrée dans notre communauté, de même que tout le reſte du mobilier de cette ſucceſſion qui m'eſt échue, & en ſerai-je débiteur envers notre communauté ? La raiſon de douter eſt, que s'étant fait confuſion & extinction de cette créance que le défunt avoit contre moi dès le premier inſtant que je ſuis devenu ſon héritier ; cette créance, qui étoit éteinte & qui n'exiſtoit plus, n'a pu entrer dans notre communauté ; la raiſon de décider au contraire eſt, que la communauté d'un conjoint à qui il écheoit une ſucceſſion, doit être conſidérée comme un ceſſionnaire des droits ſucceſſifs mobiliers de ce conjoint ; or la Loi 37, ff. *de pecul.* décide que l'héritier qui a cédé ſes droits ſucceſſifs, doit faire raiſon à ſon ceſſionnaire de ce qu'il devoit au défunt ; parce que par cette ſucceſſion il lui cede tout ce qui lui eſt parvenu, ou qui doit lui parvenir de cette ſucceſſion, & par conſéquent l'émolument qu'il a perçu, en devenant héritier, de l'extinction de la dette dont il étoit débiteur envers le défunt. Je dois donc, ſuivant cette Loi, faire raiſon à notre communauté qui eſt ceſſionnaire de mes droits ſucceſſifs mobiliers dans la

ſucceſſion qui m'eſt échue, de la créance mobiliaire que le défunt avoit contre moi; cette créance dont j'ai été libéré, en devenant ſon héritier, faiſant partie des droits ſucceſſifs mobiliers dont notre communauté eſt ceſſionnaire.

## ARTICLE II.

### *Des autres charges de la communauté légale.*

270. Les autres charges de la communauté, ſont les alimens qu'elle doit fournir aux conjoints; l'éducation des enfans communs.

A l'égard des alimens & des frais de l'éducation des enfans que chacun des conjoints a d'un précédent mariage; ſi leſdits enfans ont un revenu ſuffiſant pour y ſubvenir, la communauté n'en doit pas être chargée, ils doivent être pris ſur le revenu deſdits enfans; mais ſi leſdits enfans n'avoient pas de revenu pour y ſubvenir, les alimens & l'éducation ſont en ce cas une dette naturelle de leur pere ou mere, dont la communauté dans laquelle entrent les dettes de chacun des conjoints, doit être chargée.

271. La communauté ayant, pendant tout le temps qu'elle dure, la jouiſſance des propres de chacun des conjoints, c'eſt une conſéquence qu'elle ſoit chargée de l'entretien de leurs héritages propres. Cet entretien comprend toutes les dépenſes qu'il faut faire pour la jouiſſance de ces héritages, & pour les tenir en bon état ſelon leur différente nature.

Par exemple, l'entretien d'un héritage en nature de vignes, comprend les dépenſes qu'il faut faire pour les cultiver, pour les fumer, pour les garnir ſuffiſamment d'échalas, pour les provigner, pour les renouveller, en arrachant celles qui ſont trop vieilles, pour en planter d'autres à leur place.

Les dépenſes qui ſont à faire pour l'empaillement d'une métairie, pour marner les terres, pour peupler un colombier ou une garenne, pour empoiſſonner un étang, pour entourer les héritages de foſſés ou de haies, où il en eſt de beſoin, ſont auſſi des choſes qui concernent l'entretien dont la communauté eſt chargée.

Il en eſt de même des réparations qui ſont à faire aux bâtiments ſur les héritages propres de chacun des conjoints.

272. Il faut néanmoins en excepter celles qu'on appelle *groſſes réparations*, qui ſont plutôt reconſtructions que réparations. Ces groſſes réparations ne ſont pas réparations d'entretien, & la communauté n'en eſt pas par conſéquent chargée. La Coutume de Paris, *art.* 262, nous donne une regle pour diſcerner quelles ſont les réparations d'entretien qui ſont à la charge de ceux qui ont la jouiſſance de l'héritage, & quelles ſont celles qu'on appelle *groſſes réparations*, qui ſont à la charge du propriétaire: elle dit, que celles d'entretien ſont toutes les réparations, hors *les quatre gros murs, les poutres, entieres couvertures & voûtes.*

Les quatre gros murs, ſont les deux pans & les deux pignons qui ferment un bâtiment; ſi quelqu'un de ces quatre gros murs eſt à refaire à neuf, ſur l'héritage de l'un des conjoints, c'eſt une groſſe réparation, dont

la communauté n'eſt pas chargée, & à qui par conſéquent il eſt dû récompenſe par le conjoint propriétaire de l'héritage, lorſqu'elle a fourni les deniers pour la faire, comme nous le verrons *infrà*. Il en eſt de même, s'il a fallu ſubſtituer une poutre neuve à la place d'une qui étoit pourrie, ou reconſtruire une voûte, où refaire en entier une couverture, dont la charpente ne valoit plus rien.

Quoique la communauté ne ſoit pas ordinairement chargée de ces groſſes réparations, néanmoins ſi elles étoient à faire ſur un héritage propre de la femme, & qu'elles fuſſent provenues du défaut d'entretien de cet héritage, pendant le temps qu'a duré la communauté, le mari qui, comme chef de la communauté, étoit chargé de cet entretien, auroit en ce cas chargé ſa communauté de ces groſſes réparations auxquelles il auroit donné lieu par ſa faute.

273. Les impenſes qui ſe font ſur un héritage, non pour la ſimple jouiſſance de cet héritage, mais pour convertir la forme de cet héritage en une autre forme plus avantageuſe, ne ſont point des impenſes de ſimple entretien; telles ſont celles qui ſe font pour défricher une terre inculte, pour planter en vignes ou en bois une terre nue, pour en faire un pré ou un étang, ou pour conſtruire deſſus un bâtiment: ſi donc il a été fait, durant la communauté, de ces ſortes d'impenſes ſur l'héritage propre de l'un des conjoints, il eſt dû récompenſe à la communauté qui a fourni les deniers pour les faire.

274. On doit auſſi comprendre parmi les charges de la communauté, les frais de l'inventaire qu'on doit faire après la diſſolution, des effets dont elle eſt compoſée, & des titres qui en dépendent; les frais de liquidation des repriſes que les conjoints ou leurs héritiers ont à exercer ſur la communauté, ou des récompenſes qu'ils doivent à la communauté; enfin, les frais de partage des biens de la communauté, & tous ceux qu'il faut faire pour y parvenir; tels que ſont ceux faits pour l'eſtimation des biens.

275. Les frais funéraires du conjoint prédécédé, ne ſont point charges de la communauté; ſa ſucceſſion en eſt tenue en entier. Pluſieurs Coutumes, comme Meaux, *ch.* 9, *art.* 51, & autres, en ont des diſpoſitions qui doivent être ſuivies dans celles qui ne s'en ſont pas expliquées. La raiſon eſt, que ces frais ne ſe font qu'après la mort, auquel temps il n'y a déja plus de communauté, puiſqu'elle a été diſſoute par la mort du conjoint.

La ſomme qu'on adjuge à la veuve, pour ſon habit de deuil, fait partie de ces frais funéraires, & doit par conſéquent lui être payée en entier ſur la ſucceſſion du mari, & non ſur la communauté.

276. Il eſt évident que les legs faits par le prédécédé, ne ſont pas dûs par la communauté, & que la ſucceſſion en eſt ſeule chargée pour le total; cela a lieu même à l'égard de ceux faits par le mari: car le pouvoir qu'avoit le mari de diſpoſer à ſon gré des biens de la communauté, eſt un pouvoir qu'il n'a que pendant ſa vie, & pendant que dure la communauté; il ne peut donc en diſpoſer que par des actes entre-vifs qui ont leur effet pendant ſa vie & pendant que dure la communauté; mais il ne peut en diſpoſer par des diſpoſitions teſtamentaires, qui ne peuvent avoir d'effet qu'après ſa mort, & par conſéquent après la diſſolution de la communauté.

277. Néamoins, ſi le legs étoit cauſé pour reſtitution de quelque tort que le mari auroit fait au légataire, & que la cauſe fût juſtifiée ; ce legs étant en ce cas dette de la communauté plutôt qu'un legs, la communauté en ſeroit chargée ; mais ſi la cauſe, quoique exprimée par le teſtament, n'eſt pas juſtifiée, la communauté n'en doit pas être tenue ; autrement il ſeroit au pouvoir du mari de ſe proroger le droit de diſpoſer, après ſa mort, des biens de la communauté, en prétextant d'une fauſſe cauſe de reſtitution les diſpoſitions qu'il en feroit.

Les héritiers du mari qui prétendent que le legs doit être acquitté ſur les biens de la communauté, n'ont en ce cas, faute de preuve de la cauſe du legs, que la voie de déférer à la veuve le ſerment, ſi elle n'en a pas de connoiſſance.

# CHAPITRE III.

*De la Communauté conventionnelle, & des différentes conventions qui interviennent par rapport à la communauté.*

## SECTION PREMIERE.

### *De la Communauté conventionnelle.*

278. LA communauté conventionnelle, eſt celle qui eſt formée par la convention expreſſe des parties, portée par leur contrat de mariage.

La convention de communauté dans les contrats de mariage, ſe fait ordinairement *purè* : rien n'empêche néanmoins que les parties ne puiſſent y apposer un terme ou une condition. Par exemple, on peut convenir qu'il y aura communauté entre les conjoints, qui ne commencera qu'au bout d'un an de mariage.

Pareillement, on peut convenir *qu'il y aura communauté entre les conjoints, s'ils ont des enfans de leur mariage.* On a élevé la queſtion, ſi cette condition étoit accomplie par la naiſſance d'un ſeul enfant, & quoiqu'il fût depuis mort durant le mariage ? On a jugé pour l'affirmative par Arrêt du 22 Mai 1759, rapporté par Déniſart. La déciſion de cet Arrêt eſt conforme à celle de la Loi 4, *Cod. quand. dies leg. ced.* ; où il eſt dit, *quum uxori uſusfructus fundi legatur, & ejus proprietas, quum liberos habuerit ; nato filio, ſtatim proprietatis legati dies cedit ; nec quidquam obeſt, ſi is decedat.*

279. Lorſque les parties par leur contrat de mariage, ont ſimplement dit qu'il y auroit entr'elles communauté de biens, ſans s'expliquer davantage, cette communauté conventionnelle n'eſt pas différente en ce cas de la communauté légale, & elle eſt compoſée, tant en actif que paſſif, des mêmes choſes dont la coutume du lieu du domicile, que le mari avoit lorſqu'il s'eſt marié, compoſe la communauté.

280. La communauté conventionelle ne commençant, auſſi-bien que la communauté légale, qu'au jour de la célébration du mariage, comme nous

l'avons établi *suprà*, *n.* 23 ; c'eſt une conſéquence que c'eſt à ce temps qu'on doit avoir égard ſi les choſes qui appartiennent à chacun des conjoints, ſont de nature à y entrer. C'eſt pourquoi, ſi un homme de Cambrai, dont la Coutume répute meubles les rentes conſtituées à prix d'argent, vient prendre femme à Paris, en conſervant ſon domicile à Cambrai, où il compte retourner avec ſa femme, après la célébration du mariage, & que par le contrat de mariage il y ait une communauté ſtipulée ſans autre explication; les rentes qui appartiennent à ſa femme, leſquelles étoient immeubles tant qu'elle a eu ſon domicile à Paris, deviennent meubles à l'inſtant de la célébration du mariage ; parce qu'elle perd ſon domicile de Paris, & qu'elle acquiert le domicile de ſon mari qui eſt à Cambrai ; elles doivent donc entrer dans la communauté.

On doit ſuivre la même déciſion dans le cas inverſe; lorſqu'un Pariſien va prendre femme à Cambrai, dans le deſſein de retourner à Paris, la femme acquérant dès l'inſtant de la célébration du mariage le domicile de ſon mari qui eſt à Paris, les rentes qui lui appartiennent deviennent immeubles, & ne tombent pas en communauté.

281. Il ne doit pas néanmoins être permis à l'un des conjoints de changer de nature, en fraude de l'autre conjoint, les biens qu'il avoit lors du contrat de mariage, qui étoient de nature à entrer dans cette communauté, en aliénant les biens meubles & en acquérant des immeubles à la place ; car les parties lors du contrat de mariage, en ne s'expliquant pas ſur les choſes qui compoſeroient leur communauté, ſont cenſées être tacitement convenues qu'elle ſera compoſée des choſes que chacun d'elles avoit alors, qui étoient de nature à y entrer. C'eſt pourquoi les immeubles, dans leſquels l'un des conjoints a dans le temps intermédiaire, converti ſes biens mobiliers, quoiqu'acquis par lui avant la communauté, doivent y entrer, comme tenant lieu de biens mobiliers qu'il avoit lors du contrat de mariage, qui devoient y entrer, & ſur leſquels l'autre conjoint avoit droit de compter.

Il n'en eſt pas de même d'un héritage qui auroit été donné à l'un des conjoints, dans le temps intermédiaire ; la donation ayant été faite avant la communauté commencée, l'héritage n'entrera pas en communauté ; il n'eſt fait en ce cas aucune fraude à l'autre conjoint, qui n'a pas dû compter ſur cet héritage.

Si l'un des conjoints avoit, pendant le temps intermédiaire, converti en mobilier les immeubles qu'il avoit lors de ſon contrat de mariage, dans le deſſein de faire entrer ce mobilier dans la communauté, & d'avantager par ce moyen l'autre conjoint ; ce mobilier en doit être exclus : ſans cela ce ſeroit un avantage qu'il feroit à l'autre conjoint dans un temps prohibé.

Il eſt bien permis à des futurs conjoints de ſe faire, avant le mariage, tous les avantages qu'ils jugent à propos de ſe faire ; mais il ne leur eſt pas permis de s'en faire ſecrétement dans le temps intermédiaire du contrat de mariage ; l'affectation qu'ils ont eu de les diſſimuler, lors de leur contrat de mariage, fait préſumer qu'ils ſont dictés par la paſſion, puiſqu'ils ont honte de les faire ; c'eſt la raiſon pour laquelle les Coutumes déclarent nulles toutes contre-lettres aux contrats de mariage.

SECTION.

## SECTION II.

### *Des différentes clauſes qui peuvent intervenir dans les Contrats de de mariage par rapport à la communauté.*

#### ARTICLE PREMIER.

### *De la clauſe par laquelle les futurs conjoints conviennent que leur communauté ſera régie par une certaine Coutume.*

282. La communauté, lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées, ſe regle, comme nous l'avons déja vu, par la Coutume du lieu du domicile qu'avoit le mari lors du mariage.

Quelquefois par une clauſe du contrat de mariage, elles conviennent que leur communauté ſera réglée par une telle Coutume, qui n'eſt pas celle du domicile du mari.

Si la Coutume, par laquelle les parties ont déclaré qu'elles vouloient que leur communauté fût régie, n'a pas de diſpoſitions différentes de celle du lieu du domicile du mari, la clauſe eſt ſuperflue; mais ſi elle en a de différentes, la clauſe a effet: car en conſéquence de cette clauſe, ce n'eſt pas la Coutume du lieu du domicile du mari, c'eſt celle par laquelle les parties ont déclaré vouloir que leur communauté fût régie, qui doit régler tout ce qui concerne cette communauté.

283. Suivant ce principe, ſi par le contrat de mariage d'un Orléanois, il eſt dit que la communauté ſera régie par la Coutume de Blois, les fruits, qui lors de la diſſolution de communauté ſe trouveront pendants ſur les terres des héritages propres de chacun des conjoints, quoiqu'ils ne ſoient recueillis que depuis la diſſolution de la communauté, appartiendront, conformément à la Coutume de Blois, à la communauté, pourvu que les terres aient été labourées & enſemencées durant la communauté; au lieu que la Coutume d'Orléans les donne au conjoint à qui appartient l'héritage, ou à ſes héritiers, en rembourſant à la communauté les labours & ſemences; comme nous l'avons vu *ſuprà, chap. 2, art. 3.*

284. Lorſqu'un homme conſervant ſon domicile, ſous la Coutume de Cambrai, qui répute meubles les rentes conſtituées à prix d'argent, vient prendre femme à Paris, la clauſe portée par le contrat de mariage que la communauté ſera régie par la Coutume de Paris, exclut-elle de la communauté les rentes conſtituées qui appartiennent à chacun des conjoints? Pour la négative, on dit que la Coutume de Paris n'a aucune diſpoſition formelle & directe qui exclue de la communauté les rentes conſtituées; celle par laquelle elle les répute immeubles, ne comprend que les rentes qui appartiennent à des perſonnes que leur domicile rend ſujettes à ſes loix. Ce Cambreſien, auſſi-bien que ſa femme qui, dès l'inſtant de la célébration du mariage, a perdu ſon domicile de Paris & acquis celui de ſon mari, étant régis l'un & l'autre par la Coutume de Cambrai, les rentes qui appartien-

nent à l'un & l'autre, ſont meubles; par conſéquent elles doivent entrer en communauté; car la Coutume de Paris, par laquelle ces conjoints ont voulu qu'elle fût régie, dit expreſſément, qu'homme & femme ſont communs en *tous biens meubles.*

On dit, au contraire, pour l'affirmative, que l'intention de la famille de la femme, en ſtipulant que la communauté ſeroit régie par la Coutume de Paris, a été qu'il n'entrât dans la communauté, que ce qui y entreroit, ſi le mariage étoit contracté avec un Pariſien, & que les choſes que la Coutume de Paris répute immeubles, qu'elle exclut en conſéquence de la communauté conjugale, telles que ſont les rentes conſtituées, fuſſent pareillement, par rapport à la communauté, réputées telles à l'effet de n'y pas entrer; qu'on doit d'autant plus croire que c'eſt ce qu'elles ont voulu par cette convention, qu'autrement elle ſeroit ſuperflue; la Coutume de Paris, n'ayant pas d'ailleurs ſur la matiere de la communauté, des diſpoſitions différentes de celle de Cambrai: que ſuivant la ſeconde regle d'interprétation que nous avons propoſée dans notre Traité des Obligations, *n.* 92, une convention doit être entendue plutôt dans un ſens qui lui donne quelqu'effet, que dans un ſens qui la rendroit ſuperflue.

Il y a lieu à la même queſtion dans le cas inverſe, lorſqu'un Pariſien conſervant ſon domicile à Paris, a été prendre femme à Cambrai, & qu'il a été convenu par le contrat de mariage, que la communauté ſera régie par la Coutume de Cambrai.

285. Ces conventions, que la communauté ſera régie par une telle Coutume, ou que les conjoints ſeront communs ſuivant une telle Coutume, n'ont d'effet que ſur ce qui concerne la communauté; telles que ſont les choſes qui y doivent entrer ou non; le préciput que le ſurvivant doit prendre au partage de la communauté, &c.

286. Celle par laquelle il eſt dit ſimplement que les parties promettent s'épouſer, ſuivant une telle Coutume, étant conçue en termes indéfinis, eſt plus générale, & elle s'étend à toutes les conventions matrimoniales, *putà*, au douaire dont la Coutume à laquelle les parties ſe ſont ſoumiſes, doit régler la quantité, & s'il doit être propre aux enfans, &c.

Mais elle ne donne pas aux parties le droit que la Coutume, ſuivant laquelle elles ont déclaré vouloir ſe marier, accorde aux conjoints par mariage, de diſpoſer l'un envers l'autre durant le mariage, de certains biens, lorſque la Loi du lieu où eſt leur domicile, le leur défend; car cette convention ne peut pas les ſouſtraire à l'empire de la Loi de leur domicile, ni par conſéquent leur permettre ce que cette Loi leur défend.

Suivant ce principe, quoique la Coutume de Blois permette aux conjoints par mariage, ayant des enfans, de ſe donner durant leur mariage, par don mutuel, l'uſufruit des meubles & conquêts; des conjoints par mariage domiciliés à Orléans, quoique mariés ſelon la Coutume de Blois, ne peuvent pas, s'ils ont des enfans, ſe faire ce don, que la Coutume d'Orléans ne leur permet pas de ſe faire.

Par la même raiſon, quoique les parties, par leur contrat de mariage, ſe ſoient ſoumiſes à une Coutume qui ne défend pas aux femmes de con-

tracter des obligations pour autrui, avec l'autorité de leur mari ; ſi les parties ſont domiciliées ſous une Coutume qui ne permet pas aux femmes mariées de s'obliger, même avec l'autorité de leur mari, la femme ne le pourra pas.

*Vice verſâ*, quoique les parties ſe ſoient ſoumiſes à une Coutume qui ne permet pas aux femmes de s'obliger pour autrui avec l'autorité de leur mari; ſi les parties ſont domiciliées ſous une Coutume qui le permet, la femme pourra s'obliger, avec l'autorité de ſon mari; autrement les parties qui contractent avec elles, ſous la foi de la Loi de leur domicile qui le leur permet, ſeroient induites en erreur.

## ARTICLE II.

### *De la convention d'apport à la communauté.*

287. Il eſt très-ordinaire dans les contrats de mariage, que chaque conjoint promette apporter à la communauté une certaine ſomme déterminée; c'eſt ce que nous appellons la *convention d'apport.*

L'effet de cette convention eſt que le conjoint ſe rend, par cette convention, débiteur envers la communauté de la ſomme qu'il a promis y apporter; de maniere que ſi lors de la diſſolution de communauté elle n'eſt pas entiérement acquittée, il doit faire raiſon à la communauté de ce qui s'en manque.

Nous verrons par rapport à cette convention : 1°. quelles ſont les choſes que le conjoint peut imputer ſur la ſomme qu'il a promis apporter à la communauté : 2°. comment il doit juſtifier qu'il a fourni cette ſomme : 3°. en quoi cette convention différencie-t-elle la communauté conventionelle de la communauté légale.

### §. I.

### *Quelles ſont les choſes qui peuvent être imputées ſur la ſomme que le conjoint a promis d'apporter à la communauté.*

288. Les choſes qui s'imputent ſur la ſomme que le conjoint a promis apporter à la communauté, ſont tous les effets mobiliers que le conjoint peut juſtifier avoir eu lors de ſon mariage; leſquels étant entrés en la communauté, ont été reçus par la communauté en paiement de la ſomme que le conjoint a promis y apporter, & ont acquitté le conjoint d'autant de cette ſomme.

La communauté ne commençant qu'au jour de la bénédiction nuptiale, & non dès le temps du contrat de mariage, comme nous l'avons établi *ſuprà*, *n.* 22; il ſuit de-là qu'il n'y a que les choſes que le conjoint avoit lors de la bénédiction nuptiale, qui puiſſent être cenſées avoir été reçues par la communauté, en paiement de la ſomme promiſe par le conjoint pour ſon apport, & qui puiſſent en conſéquence y être imputées; il n'importe qu'il les eût dès le temps du contrat de mariage, ou qu'il les ait acquiſes depuis:

au contraire, celles qu'il avoit lors du contrat de mariage, & qu'il a ceſſé d'avoir dans le temps intermédiaire, de quelque maniere qu'il ait ceſſé de les avoir, ne peuvent être imputées ſur la ſomme qu'il a promis apporter à la communauté, qui ne peut être cenſée les avoir reçues, puiſque le conjoint ne les avoit plus lorſqu'elle a commencé.

289. Il ſuit auſſi de notre principe, que c'eſt ſur le pied de la valeur qu'avoient au temps de la bénédiction nuptiale les effets mobiliers du conjoint, qu'ils doivent être imputés ſur la ſomme promiſe pour ſon apport; car c'eſt en ce temps que la communauté les a reçues en paiement; & quand on reçoit des choſes en paiement, c'eſt pour le prix qu'elles valent au temps auquel on les reçoit.

290. Les dettes actives qui appartiennent à chacun des conjoints lors du mariage, ne s'imputent ſur la ſomme promiſe pour l'apport, qu'autant qu'elles ont été payées durant la communauté; car ce n'eſt que par le paiement, qui en eſt fait durant la communauté, que la communauté en profite.

Obſervez une différence à cet égard entre celles du mari & celles de la femme; le mari pour pouvoir imputer ſur la ſomme qu'il a promiſe pour ſon apport, les dettes actives qu'il avoit lors de ſon mariage, eſt tenu de juſtifier qu'elles ont été payées durant la communauté, ſoit par des contre-quittances qu'il auroit tirées des débiteurs, ſoit au moins par un journal non ſuſpect; au contraire, la femme n'eſt pas chargée de prouver que les dettes actives qu'elle juſtifie lui avoir appartenu lors de ſon mariage, lui ont été payées durant la communauté. Si le mari ne juſtifie pas par des diligences faites à temps contre les débiteurs, qu'il n'a pu en tirer paiement, il n'eſt pas recevable à alléguer qu'elles n'ont pas été payées durant la communauté, puiſque c'eſt lui qui en a dû procurer le paiement; c'eſt pourquoi ces dettes doivent être en ce cas réputées avoir été payées durant la communauté, & elles doivent en conſéquence être imputées ſur la ſomme promiſe par la femme pour ſon apport.

291. Tout ce qui fait partie de la dot mobiliaire d'un conjoint, & qui eſt entré dans la communauté, s'impute ſur la ſomme qu'il a promiſe pour ſon apport: c'eſt pourquoi ſi les pere & mere de l'un des conjoints ont promis par le contrat de mariage, outre la dot qu'ils lui donnoient, de nourrir chez eux pendant un certain nombre d'années, *putà*, pendant trois ans, les futurs conjoints & leurs domeſtiques; ces nourritures, qui en exécution de cette clauſe, ont été fournies aux futurs conjoints pendant ledit temps, ſont cenſées faire partie de la dot de ce conjoint, & en conſéquence la communauté qui en a profité, doit imputer la ſomme à laquelle elles doivent être appréciées, ſur celle promiſe pour l'apport de ce conjoint.

292. Les pere & mere d'un conjoint lui donnent quelquefois en dot, les fruits d'un certain héritage pendant un certain nombre d'années, & non l'héritage même; ces fruits compoſent en ce cas le principal de la dot: L. 4, ff. *de pact. dot.* C'eſt pourquoi ces fruits que la communauté a recueillis, non-ſeulement doivent s'imputer ſur la ſomme promiſe par ce conjoint pour ſon apport; mais s'ils excédoient la ſomme promiſe pour l'apport, l'excédant ſeroit repris comme propre.

C'eſt ce qui a été jugé, il y a quelques années, par une Sentence du Bailliage d'Orléans, qui a été confirmée par Arrêt de la Cour; les pere & mere de la Dame de Rochefort, lui avoient donné en dot la coupe d'une certaine quantité de bois-taillis, pendant un certain nombre d'années; le Sieur de Rochefort avoit fait toutes leſdites coupes durant la communauté; ſa fille après la mort de ſa mere demanda la repriſe du prix deſdites coupes, ſous la deduction de la ſomme promiſe pour l'apport de ſa mere; cette repriſe lui fut adjugée, attendu que leſdites coupes compoſoient le principal de la dot de ſa mere.

Si ce ſont en ce cas les fruits qui compoſent le principal de la dot; quels peuvent donc être en ce cas les fruits de la dot de la femme qui peuvent entrer en communauté, & ſervir à ſupporter les charges du mariage? La Loi 4, ff. *de pact. dot.* ci-deſſus citée, fournit la réponſe à cette demande; les fruits de cette dot ſont, ſuivant cette Loi, les intérêts que peuvent produire les ſommes provenues du prix deſdites coupes.

293. Il faut décider autrement, lorſque c'eſt le droit d'uſufruit d'un certain héritage qui a été donné en dot à l'un des conjoints; ce ne ſont pas en ce cas les fruits de cet héritage qui ſont perçus durant la communauté, qui compoſent le principal de la dot; c'eſt le droit d'uſufruit en lui-même qui eſt la dot, les fruits de l'héritage ſont les fruits de ce droit d'uſufruit, leſquels, comme fruits de la dot, appartiennent à la communauté, & ne peuvent par conſéquent être imputés ſur la ſomme promiſe pour l'apport de ce conjoint.

295. N'étant pas ordinaire que des fruits qui doivent être perçus durant la communauté, compoſent le principal de la dot, ils ne la compoſent que lorſque les parties s'en ſont clairement expliquées; lorſqu'il y a de l'ambiguité dans les termes du contrat de mariage, cette intention ne ſe préſume pas facilement. C'eſt ſur ce fondement que Lebrun décide, *Traité de la Communauté*, que lorſque des pere & mere ont donné en dot, peu avant la récolte, un héritage, en ces termes, *un tel héritage avec les fruits qui ſont pendants*; on ne doit pas croire que leur intention a été que les fruits qui étoient pendants au temps du mariage, & qui n'ont été perçus que depuis, duſſent faire partie du principal de la dot, & qu'on doit plutôt croire qu'ils n'ont voulu dire autre choſe, ſinon qu'ils donnoient cet héritage tel qu'il ſe trouvoit, ſans s'en réſerver la récolte qui étoit à faire, quoiqu'imminente: ces termes, *avec les fruits qui y ſont pendants*, doivent donc être regardés comme ſuperflus; la récolte qui en eſt faite, durant la communauté, doit appartenir à la communauté, & ne peut conſéquemment être imputée ſur la ſomme promiſe pour l'apport.

296. Le conjoint ne doit pas non plus imputer ſur la ſomme qu'il a promiſe pour ſon apport, le mobilier qui lui advient durant le mariage par ſucceſſion, donation, ou autrement; car c'eſt ſur les biens préſens qu'il a lors du mariage, qu'il s'oblige de fournir à la communauté la ſomme qu'il a promiſe pour ſon apport; il eſt cenſé avoir auſſi tacitement promis d'y apporter, ſuivant la Loi des communautés conjugales, les effets mobiliers qui lui adviendroient par la ſuite durant la communauté, à quelque titre que

ce fût, lorſqu'il ne s'eſt pas expliqué du contraire par le contrat de mariage.

Mais lorſque par le contrat de mariage, il ſe réſerve propre ce qui lui adviendroit par ſucceſſion, donation, ou legs; en ce cas, on doit faire, juſqu'à dûe concurrence, compenſation de la ſomme qu'il a promiſe apporter à la communauté, & dont il eſt débiteur envers elle, avec la repriſe qu'il a droit d'exercer ſur la communauté, pour le montant du mobilier qui lui eſt advenu durant la communauté, à titre de ſucceſſion, donation, ou legs.

## §. II.

### *Comment le conjoint doit-il juſtifier qu'il a fourni à la communauté la ſomme qu'il a promis y apporter.*

297. C'eſt au conjoint qui a promis apporter à la communauté une certaine ſomme, à juſtifier de la quantité de ſon mobilier qui y eſt entré; faute de quoi il demeure débiteur envers elle de la ſomme qu'il a promis y apporter.

Cette quantité de mobilier peut ſe juſtifier, 1°. par le contrat de mariage où elle eſt déclarée; car on préſume facilement, ſur-tout lorſqu'il ne s'eſt pas écoulé un temps conſidérable entre le contrat de mariage & la célébration, que le conjoint avoit encore lors de la célébration du mariage, la quantité de mobilier déclarée par le contrat de mariage, & qu'elle eſt en conſéquence entrée dans la communauté, tant que le contraire ne paroît pas.

Il y a à cet égard une différence à obſerver entre l'homme & la femme: le contrat de mariage qui contient la déclaration faite par la femme de la quantité de ſon mobilier, doit être quittancée par le mari, qui doit reconnoître avoir reçu de ſa femme cette quantité de mobilier. A l'égard du mari, entre les mains de qui, comme chef de la communauté, eſt le mobilier qu'il a promis apporter; comme il ne peut ſe donner quittance à lui-même, la déclaration de la quantité de ſon mobilier, qui eſt portée par le contrat de mariage, ſuffit ſeule pour établir qu'il avoit effectivement ce mobilier; la femme & la famille de la femme peuvent s'en informer avant que de ſigner le contrat. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 23 Juillet 1712, rapporté au ſixieme Tome du Journal des Audiences.

298. La quantité du mobilier que chacun des conjoints avoit lors du mariage, lorſqu'elle n'a pas été déclarée par le contrat de mariage, peut auſſi ſe juſtifier par un état fait entre les conjoints, même depuis le mariage & ſous leur ſignature privée, qui en contienne le détail & la priſée. Aucun des conjoints qui ont ſigné cet état n'eſt recevable à l'attaquer, en alléguant que dans la vue d'avantager l'autre conjoint contre la défenſe de la Loi, il a conſidérablement diminué par cet état la quantité de ſon mobilier, ou ſouffert que l'autre conjoint groſsît la quantité du ſien: car on n'eſt pas recevable à alléguer ſa fraude.

Néanmoins s'il alléguoit que par inadvertence & par oubli, il a omis dans cet état certains articles de ſon mobilier, & qu'il fût en état d'en faire facilement la preuve, il pourroit être admis à la faire, & à faire ajouter à l'état les omiſſions qu'il auroit juſtifiées.

299. A l'égard des héritiers du conjoint prédécédé, lorſqu'ils attaquent de fraude l'état que les conjoints ont fait de leur mobilier, en ſoutenant que dans la vue d'avantager le conjoint ſurvivant, le mobilier du prédécédé a été par cet état conſidérablement diminué, ou celui du ſurvivant, groſſi ; ſi les faits de fraude qu'ils alléguent, ſont bien circonſtanciés & conſidérables, ils peuvent être admis à la preuve de cette fraude.

Envain oppoſeroit-on que l'héritier qui repréſente le défunt, & qui ne peut avoir plus de droit que lui, ne peut pas être reçu à la preuve à laquelle le défunt n'auroit pas été reçu. La réponſe eſt que ce principe ſouffre exception, lorſque la preuve demandée eſt la preuve d'une fraude qui a été faite à un héritier en ſa qualité d'héritier.

300. 3°. La preuve de la quantité du mobilier, qu'une des parties avoit lors du mariage, peut auſſi ſe faire par des actes non ſuſpects, faits auparavant ou peu après le mariage, quoique l'autre conjoint n'y ait pas été préſent.

Par exemple : un partage que le conjoint, auparavant ou peu après ſon mariage, a fait du mobilier des ſucceſſions de ſes pere & mere, lequel contient & exprime la quantité du mobilier qui lui eſt échue par ce partage pour ſon lot, prouve que ce conjoint avoit effectivement, lors de ſon mariage, cette quantité de mobilier.

Pareillement, un compte de tutelle rendu à un des conjoints, peu avant ou peu après ſon mariage, fait foi de ce qui lui étoit dû lors de ſon mariage.

Lorſqu'il n'y a aucun acte par lequel on puiſſe juſtifier la quantité du mobilier que les conjoints ou l'un des conjoints avoient lors du mariage, on en admet la preuve par la commune renommée ; on laiſſe à la diſcrétion du Juge, à fixer ſur les enquêtes faites de la commune renommée, la quantité de ce mobilier.

Le Juge, pour la fixation de ce mobilier, doit être plus indulgent envers la femme ou ſes héritiers, qu'envers le mari ; l'empire qu'a le mari ſur la femme, pouvant ſouvent ne lui avoir pas laiſſé le pouvoir de conſtater, pendant le mariage, par quelqu'acte, le mobilier qu'elle avoit lors de ſon mariage.

## §. III.

### *En quoi la convention d'apport d'une ſomme déterminée, différencie-t-elle la communauté conventionnelle de la légale.*

301. La premiere différence que cette convention d'apport met entre la communauté légale & la conventionnelle, eſt que la communauté légale acquiert à titre univerſel tout le mobilier de chacun des conjoints : au contraire par cette convention d'apport, la communauté conventionnelle acquiert à titre particulier les effets de chacun des conjoints en paiement de la ſomme qu'il a promiſe pour lors, & ſeulement juſqu'à dûe concurrence de cette ſomme. S'il y a plus grande quantité de mobilier, cet excédant n'entre pas dans cette communauté conventionnelle, & eſt de droit un propre de communauté au conjoint, dont il doit avoir la repriſe lors de la diſſolution de communauté.

*Corollaire.* Delà naît la déciſion d'une queſtion, que nous agiterons *infrà, art. 5*, où je renvoie.

302. Une ſeconde différence que la convention d'apport d'une certaine ſomme met entre la communauté légale & la conventionnelle, eſt que chacun des conjoints ne s'oblige apporter en la communauté légale, que les effets mobiliers qu'il a, & autant qu'ils ſont à lui; c'eſt pourquoi ſi la communauté ſouffre par la ſuite éviction de quelqu'un des effets mobiliers que ce conjoint poſſédoit lors du mariage; ce conjoint n'eſt tenu de rien pour raiſon de cette éviction: au contraire par la convention d'apport d'une certaine ſomme, le conjoint ſe rendant débiteur de cette ſomme envers la communauté conventionnelle, ſi le prix de tous les effets mobiliers que ce conjoint avoit lors du mariage, & qu'il a fait entrer en communauté en paiement de cette ſomme, ne monte pas à cette ſomme, il demeure débiteur de ce qui s'en manque envers la communauté; & ſi la communauté a ſouffert éviction de quelques effets mobiliers, que ce conjoint poſſédoit lors du mariage, & qu'il avoit fait entrer en cette communauté en paiement de la ſomme promiſe pour ſon apport; le prix deſdits effets, dont la communauté a ſouffert éviction, ne pourra être imputé, ni venir en paiement de la ſomme promiſe par ce conjoint pour ſon apport; ce qui eſt conforme à un principe que nous avons établi en notre Traité des Obligations, *n.* 540, 543; que le paiement fait d'une choſe ne libere le débiteur, qu'autant qu'il transfere à celui à qui il eſt fait une propriété irrévocable de la choſe donnée en paiement, dont il ne ſoit pas évincé par la ſuite: *nec enim videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt*; L. 167, ff. *de Reg. Jur.*, & celle-ci: *quod evincitur in bonis non eſt*; L. 190, ff. *d. t.*

## ARTICLE III.

### *De la convention d'ameubliſſement.*

303. La convention d'ameubliſſement eſt une convention, par laquelle les parties ou l'une d'elles font entrer dans leur communauté conjugale tous leurs immeubles ou quelqu'uns d'eux.

Cette convention eſt appellée convention d'*ameubliſſement*, & les immeubles des conjoints, qui en conſéquence de cette convention entrent en communauté, ſont appellés *propres ameublis*; parce que cette convention fait entrer dans la communauté ces immeubles, de la même maniere que les meubles y entrent, & qu'elle donne au mari le même pouvoir ſur ces immeubles, qu'il a ſur les meubles.

Cette convention donne à la communauté conventionnelle plus d'étendue, que n'en a la communauté légale, en y faiſant entrer des immeubles qui n'entrent pas dans la communauté légale.

Nous verrons ſur cette convention, 1°. quelles ſont les différentes eſpeces d'ameubliſſement, & quelles ſont les clauſes qui renferment ou non une convention d'ameubliſſement: 2°. ſi les mineurs ſont capables de cette convention: 3°. quels ſont les effets des ameubliſſemens, tant généraux, que particuliers

ticuliers de corps déterminés : 4°. quels ſont les effets d'ameubliſſemens indéterminés.

## §. I.

*Quelles ſont les différentes eſpeces d'ameubliſſement ; & quelles ſont les différentes clauſes qui renferment, ou non, une convention d'ameubliſſement.*

304. Il y a différentes eſpeces d'ameubliſſement ; il y a des ameubliſſements généraux ; il y en a de particuliers.

C'eſt un ameubliſſement général, lorſqu'on apporte à la communauté une univerſalité de biens immeubles, comme lorſqu'il eſt dit par le contrat de mariage, que les futurs conjoints ſeront communs en tous biens.

C'eſt une queſtion : ſi cette communauté de tous biens comprend ſeulement l'univerſalité des biens préſents des conjoints, ou ſi elle s'étend à tous ceux qui leur adviendront dans la ſuite durant la communauté.

Par le Droit Romain, la ſociété de tous biens comprenoit les biens préſents & à venir, à quelque titre qu'ils advinſſent. La loi 3, §. 1, ff. *pro ſoc.*, en a une diſpoſition formelle ; il y eſt dit : *quum ſpecialiter omnium bonorum ſocietas coita eſt, tunc & hereditas & legatum, & quod donatum eſt aut quâquâ ratione acquiſitum communioni acquiretur.*

Dans notre Juriſprudence, les conventions d'ameubliſſement, de même que celles de réaliſation, étant de Droit étroit, il y a de la difficulté à adopter la déciſion de cette loi, & à étendre la ſtipulation d'une communauté de tous biens, aux biens à venir, lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées.

C'eſt encore un ameubliſſement général, lorſque les parties conviennent que les ſucceſſions qui leur adviendront durant la communauté, ſeront communes ; puiſque cette convention renferme l'univerſalité des biens de ces ſucceſſions, tant des immeubles que des meubles.

305. C'eſt un ameubliſſement particulier, lorſqu'on promet apporter en communauté, non l'univerſalité de ſes immeubles, mais quelques immeubles particuliers.

Cet ameubliſſement eſt ou déterminé ou indéterminé ; il eſt déterminé, lorſque par le contrat de mariage une partie promet apporter en communauté tel & tel immeuble.

Au contraire, lorſqu'il eſt dit par le contrat de mariage, que l'un des futurs conjoints apportera à la communauté ſes biens meubles ou immeubles juſqu'à la concurrence de tant ; ou bien, lorſqu'il eſt dit, que le conjoint apportera en la communauté une certaine ſomme à prendre d'abord ſur ſes meubles, & pour ce qui s'en manqueroit ſur ſes immeubles, *leſquels juſqu'à concurrence ſortiront nature de conquêts* ; ces clauſes contiennent un ameubliſſement indéterminé.

Obſervez que dans la derniere de ces clauſes, ce ſont ces termes : *leſquels juſqu'à concurrence ſortiront nature de conquêts*, qui renferment l'ameubliſſement, & qui différencient cette clauſe de la ſimple convention d'apport

d'une certaine ſomme ; car par ces derniers termes, le futur conjoint ne promet pas ſimplement apporter à la communauté une certaine ſomme, & s'en rendre débiteur envers elle ; mais il promet pour ce qui manquera du prix de ſes meubles, qui doivent entrer en communauté pour remplir la ſomme fixée pour ſon apport, mettre quelques-uns de ſes immeubles juſqu'à dûe concurrence dans cette communauté, leſquels y ſortiront nature de conquêts ; il ſe rend, juſqu'à cette concurrence, débiteur envers la communauté, non d'une ſimple ſomme d'argent, mais d'immeubles qu'il promet mettre dans la communauté ; ce qui forme un ameubliſſement.

Mais lorſqu'il eſt dit ſimplement, que le futur conjoint promet apporter à la communauté la ſomme de tant, à prendre ſur ſes biens meubles ou immeubles ; cette convention n'eſt qu'une ſimple convention d'apport d'une telle ſomme, & ne renferme aucun ameubliſſement ; ces termes, *à prendre ſur ſes biens meubles & immeubles*, ne ſignifient autre choſe, ſinon qu'il hypotheque tous ſes biens à cette obligation ; ou bien encore, que s'il eſt aliéné, durant la communauté, quelqu'un de ſes immeubles, le prix qui en ſera reçu durant la communauté, viendra en déduction, & en paiement de la ſomme promiſe pour ſon apport.

Il en eſt de même de la clauſe, par laquelle il ſeroit dit dans un contrat de mariage, que le mari pourroit vendre un certain héritage de la femme, dont le prix entrera en communauté : cette clauſe ne renferme pas une convention d'ameubliſſement ; car ce n'eſt pas l'héritage que la femme promet par cette clauſe apporter en communauté, mais la ſomme qu'il vaut, & pour laquelle il ſera vendu. S'il ne l'a pas été, la femme eſt débitrice à la communauté, non de l'héritage, mais de la ſomme qu'on eſtimera qu'il vaut & qu'il peut être vendu.

## §. II.

### *Si les mineurs ſont capables de la convention d'ameubliſſement.*

306. Pour la négative, on peut dire que la convention d'ameubliſſement tend à l'aliénation de l'héritage ameubli ; elle rend commun un héritage qui appartenoit en entier à celui des conjoints qui l'a ameubli ; elle tend même à l'aliénation entiere de l'héritage, dans le cas auquel par le partage de la communauté qui doit ſe faire après la diſſolution de la communauté, l'héritage ameubli par l'une des parties écherroit au lot de l'autre partie ; ou dans le cas auquel le mari, durant la communauté, aliéneroit l'héritage ameubli par ſa femme : or tous actes qui renferment une aliénation, ou qui tendent à l'aliénation des immeubles des mineurs, leur ſont interdits ; l'ameubliſſement de leurs immeubles leur doit donc être interdit.

Nonobſtant ces raiſons, la Juriſprudence a établi, que lorſqu'un mineur qui contracte mariage, n'avoit pas en biens meubles de quoi faire à la communauté un apport du tiers de ſes biens, il pouvoit avec l'autorité de ſon tuteur ou de ſon curateur, ameublir de ſes immeubles juſqu'à concurrence de ce qui s'en manquoit ; la raiſon eſt, qu'étant de l'intérêt public que les mineurs ſe marient, on doit leur permettre toutes les conventions qui ſont

ordinaires dans les contrats de mariage ; delà cette maxime ; *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia :* or c'eſt une convention des plus ordinaires dans les contrats de mariage, que les parties faſſent de part & d'autre un apport proportionné à leurs facultés pour compoſer leur communauté ; on doit donc mettre les mineurs en état de faire cet apport, en leur permettant d'apporter à la communauté une partie de leurs immeubles, lorſqu'ils n'ont pas en biens meubles de quoi faire cet apport.

## §. III.

### *Des effets des ameubliſſemens, tant généraux que particuliers de corps certains & déterminés.*

307. Dans le cas d'un ameubliſſement général ; comme lorſque les parties, en ſe mariant, ont ſtipulé une communauté de tous biens ; auſſi-tôt que le mariage eſt célébré, tous les héritages & autres immeubles de chacun des conjoints, deviennent effets de communauté.

Pareillement, lorſque par le contrat de mariage, il a été convenu que les ſucceſſions qui écherroient aux conjoints durant le mariage, ſeroient communes ; ſi durant le mariage, il échet quelque ſucceſſion à l'un ou à l'autre des conjoints ; tous les immeubles qui lui écherront de cette ſucceſſion, auſſi-bien que les meubles, deviendront, dès l'ouverture de cette ſucceſſion, effets de la communauté.

Dans le cas d'un ameubliſſement particulier, lorſqu'il eſt déterminé, l'un des futurs conjoints ayant par le contrat de mariage, promis apporter à la communauté tels & tels immeubles, ces immeubles deviennent pareillement, dès l'inſtant de la célébration du mariage, effets de la communauté.

308. *Corollaire premier.* Ces immeubles ameublis devenant effets de la communauté, il ſuit delà qu'ils deviennent en même-temps aux riſques de la communauté ; & ſi par la ſuite, ils périſſent ou ſont détériorés, la perte en tombe, non ſur le conjoint qui les a ameublis, mais ſur la communauté.

Il n'importe qu'ils ſoient péris ou détériorés, ou par force majeure, ou par le fait du mari ; car le mari étant, durant le mariage, maître abſolu de tous les biens qui compoſent la communauté, il peut les perdre ſans en être comptable envers ſa communauté, comme nous l'avons déja vu, & comme nous le verrons encore plus amplement *infrà*, *p.* 2.

309. *Corollaire ſecond.* Le mari peut diſpoſer par vente, donation, où à quelqu'autre titre que ce ſoit, des héritages ameublis par ſa femme, de même que de tous les autres effets de ſa communauté, ſans avoir pour cela beſoin de ſon conſentement.

310. *Corollaire troiſieme.* Les héritages & autres immeubles qui ont été ameublis par chacun des conjoints, doivent, après la diſſolution de communauté, être compris dans la maſſe du partage qui eſt à faire des biens de la communauté. Néanmoins celui des conjoints, qui a ameubli l'héritage, peut le retenir, en le précomptant ſur ſa part, pour le prix qu'il vaut au temps du partage, & pour lequel il a été couché dans la maſſe, & en laiſ-

ſant l'autre partie prélever ſur la maſſe, d'autres effets pour pareille valeur.

Les héritiers du conjoint qui a fait l'ameubliſſement, ont le même droit.

Lorſqu'un enfant a recueilli ſucceſſivement les ſucceſſions de ſes pere & mere, ſans qu'il ait été fait aucun partage entre lui & le ſurvivant; cet enfant eſt cenſé avoir recueilli en entier l'héritage ameubli, dans la ſucceſſion de celui qui en a fait l'ameubliſſement: c'eſt pourquoi, dans la ſucceſſion de cet enfant, l'héritage ameubli ſera réputé pour le total propre du côté de celui qui a fait l'ameubliſſement, de même que s'il n'avoit point été ameubli; c'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 10 Avril 1668, rapporté par les Auteurs.

311. Lorſque la communauté a ſouffert éviction d'un héritage ameubli par l'un des conjoints, pour quelque cauſe qui exiſtoit au temps qu'en a été fait l'ameubliſſement; le conjoint qui l'a ameubli, eſt-il tenu de l'éviction envers la communauté?

Il n'y a pas lieu à cette queſtion à l'égard des ameubliſſemens généraux; car par ces ameubliſſemens généraux, les parties n'entendent apporter à la communauté, d'autres héritages & immeubles, que ceux qui leur appartiennent, & ſeulement autant qu'ils leur appartiennent.

La queſtion ne tombe que ſur les ameubliſſemens particuliers. On peut à cet égard propoſer deux cas; le premier cas eſt lorſqu'il eſt dit par le contrat de mariage, que le futur conjoint apportera à la communauté une certaine ſomme, en paiement de laquelle il a ameubli un tel héritage; ſi par la ſuite, la communauté vient à être évincée de cet héritage, il n'eſt pas douteux que le conjoint qui l'a ameubli, demeure débiteur envers la communauté, de la ſomme qu'il a promiſe y apporter; l'héritage qu'il avoit donné en paiement à la communauté qui en a été évincée, n'a pu le libérer de cette ſomme; un paiement ne pouvant être valable, ni par conſéquent libérer le débiteur, s'il ne transfere au créancier, à qui il eſt fait, une propriété irrévocable de la choſe qui lui a été donnée en paiement, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 302.

Le ſecond cas eſt, lorſque par le contrat de mariage, l'ameubliſſement n'eſt précédé d'aucune promeſſe d'apporter une certaine ſomme à la communauté; comme lorſqu'il eſt dit ſimplement par le contrat de mariage, que le futur conjoint, pour compoſer la communauté de ſa part, y a apporté & ameubli un tel héritage; le conjoint qui l'a apporté, ſera-t-il en ce cas tenu de l'éviction de cet héritage? Il y a trois opinions: la premiere eſt de ceux qui décident indiſtinctement, que le conjoint qui a fait l'ameubliſſement, n'eſt aucunement tenu en ce cas, de l'éviction que la communauté a ſouffert de cet héritage: la ſeconde eſt de ceux qui penſent qu'on doit faire une diſtinction; lorſque l'apport que j'ai fait d'un certain héritage, eſt un apport égal à celui de l'autre conjoint; la communauté de biens que nous avons contractée, & à laquelle nous avons entendu apporter autant l'un que l'autre, étant un contrat commutatif, je ſuis garant envers la communauté, de l'éviction de l'héritage que j'y ai apporté, la garantie des évictions ayant lieu dans tous les contrats commutatifs; c'eſt pourquoi en cas d'éviction de l'héritage que j'ai ameubli, je ſuis tenu de conférer, en

argent ou autres effets, la valeur de cet héritage : Mais lorſque par le contrat de mariage, par lequel j'ai ameubli un héritage à la communauté, l'autre conjoint n'avoit rien apporté de ſa part ; ou lorſque, outre l'héritage que j'ai ameubli, j'avois apporté en autres effets à la communauté autant comme lui ; l'ameubliſſement que j'ai fait, étant en ce cas un titre lucratif, je ne ſuis aucunement tenu de l'éviction que la communauté a ſoufferte de cet héritage, n'y ayant pas lieu dans les titres lucratifs, à la garantie des évictions.

La troiſieme opinion eſt de ceux qui, en rejettant la diſtinction que font ceux de la ſeconde opinion, décident indiſtinctement, que le conjoint qui a apporté par le contrat de mariage un héritage, eſt tenu, en cas d'éviction, de faire raiſon de la valeur à la communauté, parce que le contrat de ſociété eſt un contrat de commerce, dans lequel par conſéquent il y a lieu à la garantie. Quoique par ce contrat l'une des parties y apporte en choſes plus que l'autre, il n'eſt pas pour cela (hors le cas de l'Edit des ſecondes noces) cenſé renfermer une donation faite à la partie qui apporte moins en choſes, laquelle eſt préſumée ſuppléer en induſtrie, ce qu'elle apporte de moins en choſes, L. 5, §. 1, ff. *pro ſoc.* J'avois dans mon introduction à la Coutume d'Orléans, embraſſé la ſeconde opinion ; on m'a fait revenir à la troiſieme.

312. Il nous reſte à obſerver ſur l'effet des ameubliſſemens, ſoit généraux, ſoit particuliers, qu'ils n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ou leurs héritiers, & pour le cas de la communauté ; ce qui eſt conforme à ce principe de Droit : *animadvertendum ne conventio in aliâ re, aliâve perſonâ facta, in aliâ re vel perſonâ noceat* ; L. 27, ff. *de pact.*

Lors donc que l'un des conjoints a ameubli un certain héritage, cet héritage n'eſt réputé conquêt que vis-à-vis l'autre conjoint ou ſes héritiers, & pour le cas de la communauté : vis-à-vis de tous autres, il conſerve la qualité qu'il avoit avant l'ameubliſſement ; c'eſt pourquoi, lorſque j'ai ameubli un héritage qui m'étoit propre d'une certaine ligne, cet héritage pour la part que j'y ai, & même pour le total, s'il m'eſt demeuré en total par le partage de la communauté, conſervera dans ma ſucceſſion la qualité de propre de cette ligne, & ce ſeront mes héritiers aux propres de cette ligne, qui y ſuccéderont.

Par la même raiſon ; il ſera ſujet aux réſerves Coutumieres, & je ne pourrai en diſpoſer, ſoit par donation entre-vifs, ſoit par teſtament, pour une plus grande part que celle pour laquelle la Loi coutumiere du lieu où il eſt ſitué, permet de diſpoſer des propres.

Par la même raiſon, il ſera ſujet au retrait lignager, lorſqu'il ſera vendu. *Voyez* notre Traité des Retraits, *n.* 130.

## §. IV.

### *Des effets des ameubliſſemens indéterminés.*

313. Lorſque l'ameubliſſement eſt indéterminé ; comme lorſque l'un des

onjoints a apporté en communauté ſes meubles & immeubles juſqu'à la concurrence d'une certaine ſomme ; tant que cet ameubliſſement demeure indéterminé, tant que les parties n'ont pas réglé entr'elles leſquels des immeubles de ce conjoint entreroient dans la communauté, aucun n'y eſt entré, & la communauté n'a qu'un ſimple droit de créance, & une ſimple action contre le conjoint qui a fait l'ameubliſſement pour l'obliger lors de la diſſolution de la communauté, à comprendre dans la maſſe des biens de la communauté qui ſont à partager, quelques-uns de ſes immeubles juſqu'à concurrence de la ſomme par lui promiſe, deſquels immeubles le choix lui doit être laiſſé ou à ſes héritiers ; & faute par lui ou ſes héritiers de le faire dans un temps qui leur ſera limité par le Juge, ce choix doit être référé à l'autre conjoint ou aux héritiers de l'autre conjoint.

Il ſuit de ce principe, que tant que l'ameubliſſement eſt indéterminé ; ſi durant la communauté quelqu'un des immeubles du conjoint qui a fait cet ameubliſſement, vient à perir par force majeure ; la perte en eſt ſupportée en entier par ce conjoint, & non par la communauté : car l'ameubliſſement étant indéterminé, on ne peut pas dire que c'eſt celui qui a péri, qui eſt entré en la communauté ; c'eſt pourquoi le conjoint doit fournir à la communauté dans les immeubles qui lui reſtent, la ſomme entiere qu'il a promiſe pour ſon apport.

313. On avoit auſſi tiré de notre principe cette conſéquence, que tant que l'apport de la femme étoit indéterminé, le mari n'avoit pas droit de vendre aucun des immeubles de la femme, parce qu'on ne pouvoit dire d'aucun, qu'il fût celui qui a été ameubli, & qui eſt entré dans la communauté ; c'eſt ce que Mornac dit en quelque endroit avoir été jugé par un Arrêt qu'il rapporte. Je penſe néamoins que les ameubliſſemens ſe faiſant principalement pour qu'il y ait un fonds de biens de communauté, dont le mari puiſſe en cas de beſoin diſpoſer ; la clauſe d'un ameubliſſement indéterminé que la femme fait de ſes immeubles juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, renferme tacitement un pouvoir qu'elle donne au mari, tant qu'elle n'a point encore déterminé ſon apport, d'aliéner ceux des immeubles qu'il jugera à propos juſqu'à concurrence de ladite ſomme ; & l'aliénation qu'en fera le mari, déterminera l'apport indéterminé de la femme, à ceux qu'il aura aliénés. Mais ſi avant que le mari eût vendu aucun héritage de ſa femme, elle lui avoit fait ſignifier qu'elle déterminoit ſon ameubliſſement à tels & tels héritages, le mari ne pourroit plus diſpoſer que de ceux auxquels l'ameubliſſement auroit été déterminé.

314. Il nous reſte à obſerver la différence entre un ameubliſſement indéterminée que je fais de mes immeubles juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, & la ſimple clauſe par laquelle je promets apporter à la communauté une certaine ſomme : celle-ci donne à la communauté un droit de créance contre moi de cette ſomme. Lorſque ma femme meurt en laiſſant pour ſon héritier un enfant de notre mariage, cet enfant en ſa qualité d'héritier de ſa mere, a contre moi pour la part qu'il a en la communauté, c'eſt-à-dire, pour la moitié, un droit de créance de ce qui reſte dû de cette ſomme ; cette créance qu'il a contre moi étant la créance d'une ſomme d'argent,

& par conſéquent une créance mobiliaire; ſi cet enfant vient par la ſuite à mourir ſans poſtérité, je lui ſuccéderai en qualité de ſon héritier au mobilier, à cette créance qu'il avoit contre moi, & il s'en fera extinction & confuſion.

Lorſque j'ai ameubli à la communauté mes immeubles juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, cet ameubliſſement indéterminé ne donne pareillement contre moi à la communauté qu'un droit de créance; mais (& c'eſt en cela que l'ameubliſſement indéterminé differe de la ſimple convention d'apport d'une certaine ſomme d'argent) cette créance n'eſt pas une créance mobiliaire; car ce n'eſt pas une ſomme d'argent que la communauté a droit d'exiger de moi, elle a droit d'exiger que je mette quelqu'uns de mes immeubles, juſqu'à concurrence de la ſomme convenue, dans la maſſe des biens de la communauté; cette créance ayant pour objet des immeubles, eſt une créance immobiliaire. C'eſt pourquoi lorſque ma femme meurt, l'enfant né de notre mariage, qui lui ſuccede à cette créance pour la part qu'elle avoit en la communauté, c'eſt à-dire, pour la moitié, ſuccede à une créance immobiliere, laquelle eſt en ſa perſonne un propre maternel, auquel s'il vient à mourir par la ſuite, ſuccéderont à mon excluſion ſes héritiers aux propres maternels; je pourrai ſeulement dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, ſuccéder en uſufruit, ſuivant la diſpoſition de ces Coutumes qui déferent au ſurvivant la ſucceſſion en uſufruit des conquêts auxquels leurs enfans ont ſuccédé au prédécédé.

## ARTICLE IV.

### *De la convention de réaliſation, ou ſtipulation de propre.*

315. La convention d'ameubliſſement dont nous avons traité dans l'article précédent, intervient pour donner à la communauté plus d'étendue que n'en a la communauté légale; la convention de réaliſation intervient au contraire pour la reſtreindre.

La convention de réaliſation eſt une convention uſitée dans les contrats de mariage, par laquelle les parties ou l'une d'elles excluent de la communauté conjugale qu'elles ſe propoſent de contracter, leur mobilier, ſoit pour le total ſoit pour partie.

La convention de réaliſation lorſqu'elle eſt ſimple, ne concerne que le cas de la communauté; mais par les contrats de mariage, on y ajoute ſouvent des extenſions qui l'étendent à d'autres cas.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de la ſimple clauſe de réaliſation; & dans un ſecond, des extenſions qu'on y apporte par les contrats de mariage.

### §. I.

#### *De la ſimple convention de réaliſation, ou ſtipulation de propre.*

316. La convention de réaliſation eſt ou expreſſe ou tacite; elle eſt, lorſque les parties ont ſtipulé par leur contrat de mariage, que *leur mobilier* ou *le ſurplus de leurs biens ſeroit propre.*

La clauſe par laquelle on ſtipule qu'une ſomme d'argent ſera employée en achat d'héritages, eſt équivalente à celle par laquelle on ſtipule qu'elle ſera propre ; & elle renferme auſſi bien qu'elle, une convention de réaliſation.

La Coutume de Paris en a une diſpoſition en l'article 93 : » Somme de » deniers donnée par pere, mere, ayeul, ou ayeule, ou autres aſcendants » à leurs enfans, en contemplation de mariage pour être employée en achat » d'héritage, encore qu'elle n'ait été employée, eſt réputée immeuble, à » cauſe de ſa deſtination. »

C'eſt par forme d'exemple que la Coutume de Paris parle d'une ſomme donnée par pere, mere, ou autre aſcendant ; il en eſt de même du cas auquel elle auroit été donnée à l'un des futurs conjoints par quelqu'un de ſes collatéraux, ou par un étranger, pour être employée en achat d'héritages ; & pareillement lorſque l'un des futurs conjoints ſtipule à l'égard d'une ſomme d'argent qui lui appartient, qu'elle ſera employée en achat d'héritages ; dans tous ces cas, la clauſe que la ſomme ſera employée en achat d'héritages équipolle à la ſtipulation qu'elle ſera propre ; & la ſomme eſt, à cauſe de ſa deſtination, réputée immeuble, & excluſe en conſéquence de la communauté, de même que ſi on l'avoit ſtipulée propre.

317. La convention de réaliſation ſe fait auſſi quelquefois tacitement, lorſque l'un des conjoints ou quelqu'un pour lui promet apporter à la communauté une certaine ſomme ; la limitation qui eſt faite de ſon apport à cette ſomme renferme une réaliſation tacite du ſurplus de ſes biens mobiliers. Par exemple, lorſqu'il eſt dit par le contrat, que le pere de l'un des futurs conjoints lui donne pour ſa dot de mariage une ſomme de 30000 liv., de laquelle il en entrera à la communauté une ſomme de dix mille livres ; quoiqu'on n'ait pas ajouté que le ſurplus de cette ſomme lui ſeroit propre, ce ſurplus eſt cenſé tacitement exclus de la communauté, de même que s'il eût été expreſſément ſtipulé propre ; car dire que de cette ſomme, il entrera en communauté dix milles livres, c'eſt bien dire que le ſurplus n'y entrera pas : *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Par la même raiſon, lorſque les parties ſe ſont expliquées ſur leur communauté, en ces termes ; *Les futurs conjoints ſeront communs en tous les biens qu'ils acquerront*, on doit ſous-entendre une tacite réaliſation de tous les biens mobiliers qu'elles ont ; car dire que leur communauté ſera compoſées des biens qu'elles acquerront, c'eſt dire que ceux qu'elles ont déja, n'y entreront pas, ſuivant la ſuſdite regle : *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Il n'en eſt pas de même de cette clauſe : *Les futurs conjoints ſeront communs en biens meubles & immeubles qu'ils acquerront* ; elle ne renferme point de réaliſation, elle n'exclut point de la communauté les biens meubles que les conjoints ont lors de leur mariage ; car étant ſuſceptible de deux ſens, l'un qui rapporteroit ces termes, *qu'ils acquerront*, à toute la phraſe, tant aux meubles qu'aux immeubles ; l'autre qui ne rapporte ces termes, *qu'ils acquerront*, quà ceux-ci *aux immeubles* qui précédent immédiatement, on doit préférer ce ſecond ſens comme plus conforme au droit commun des communautés qui y fait entrer le mobilier ; la préſomption étant que des parties dans

dans leur convention ont suivi le droit commun & le plus usité, lorsque le contraire ne paroît pas.

318. La convention de réalisation peut se faire, non-seulement à l'égard du mobilier que les parties ont lorsqu'elles se marient, mais pareillement à l'égard de celui qui leur advient depuis durant le mariage, soit à titre de succession, soit à quelqu'autre titre, comme donation ou de legs; c'est ce qu'on a coutume d'exprimer par ces termes: *Tout ce qui adviendra aux futurs conjoints durant le mariage, de succession, donation ou legs, leur sera propre.*

319. Les conventions de réalisation étant de Droit étroit, ne s'étendent pas d'une chose à une autre; c'est pourquoi lorsque les futurs conjoints, après avoir apporté chacun une certaine somme à la communauté, ont stipulé que le surplus de leurs biens seroit propre; cette clause ne comprend que les biens mobiliers qu'ils avoient alors; elle ne s'étend pas à ceux qui leur adviennent depuis durant le mariage, soit à titre de succession, soit à quelqu'autre titre.

320. Mais si la somme d'argent ou autre chose mobiliaire qui est advenue à l'un des conjoints durant le mariage, lui est advenue en vertu d'un titre qu'il avoit déja lors de son mariage, quoiqu'il n'ait été ouvert & ne lui ait acquis la chose que depuis le mariage, elle sera comprise dans la clause de réalisation des biens mobiliers qu'il avoit lors de son mariage.

Par exemple, si le conjoint qui par son contrat de mariage a stipulé propre le surplus de ses biens, avoit une créance conditionnelle d'une somme de cent pistoles; quoique la condition n'ait été accomplie, & que la somme n'ait été payée que depuis le mariage, cette créance est censée comprise dans la stipulation de propre, & le conjoint a la reprise de la somme payée durant la communauté.

321. Par la même raison, si le conjoint qui a stipulé la réalisation des biens qu'il avoit lors de son mariage, avoit dès-lors parmi ses biens un billet de loterie, quoique la loterie n'ait été tirée que depuis le mariage, & le lot échu à son billet ne lui ait été acquis que depuis le mariage, il doit néanmoins être censé compris dans la stipulation de propre, & le conjoint en doit avoir la reprise; car le billet de loterie qu'il avoit lors de son mariage, & qui faisoit partie de ses biens stipulés propres, étoit une espece de créance conditionnelle du lot qui écherroit à ce billet par la roue de fortune, au cas qu'il en échût un.

Néanmoins, si dans l'état des biens de ce conjoint réservés propres, du montant desquels la communauté se rendoit debitrice lors de la dissolution envers ce conjoint, le billet de loterie y étoit compris pour la valeur qu'il avoit avant le tirage de la loterie, la communauté ayant pris en ce cas pour son compte & à ses risques le billet de loterie, le lot échu à ce billet devroit en ce cas appartenir à la communauté, laquelle ne doit en ce cas que le prix que valoit le billet avant le tirage, & pour lequel il avoit été compris dans l'état des biens réservés propres.

322. De même que la clause de réalisation des biens qu'ont les conjoints lorsqu'ils se marient, ne s'étend pas à ceux qui leur adviendront par la suite; pareillement, *vice versâ*, la clause par laquelle les futurs conjoints ont

réaliſé les biens qui leur adviendroient durant le mariage, ne s'étend pas à ceux qu'ils avoient lorſqu'ils ſe ſont mariés.

Par la même raiſon, la clauſe que, *ce qui adviendra aux futurs conjoints durant le mariage par ſucceſſion, leur ſera propre*, comprend bien ce qui leur ſeroit donné ou légué par leurs pere, mere, ou quelqu'autre de leurs aſcendants, ces titres étant regardés comme des eſpeces de ſucceſſions; mais elle ne comprend pas ce qui leur ſeroit donné ou légué durant le mariage par d'autres parents ou par des étrangers.

*Vice versâ*, s'il étoit dit, que ce qui adviendroit aux futurs conjoints *par donation*, leur ſeroit propre; cette clauſe ne s'étend pas à ce qui leur adviendroit par ſucceſſion; mais elle comprend ce qui peut leur advenir à titre de legs ou de ſubſtitution, le terme *de donation* étant un terme général qui comprend les donations teſtamentaires, auſſi-bien que les donations entre-vifs.

323. On ajoute quelquefois dans ces clauſes, *ou autrement*: ces termes *ou autrement*, ſont des termes généraux qui comprennent tous les titres lucratifs par leſquels des biens peuvent advenir durant le mariage; c'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux que s'il eſt dit que ce qui adviendra aux futurs conjoints durant le mariage, *par ſucceſſion ou autrement ſera propre*, la clauſe comprend tout ce qui leur ſera donné ou légué, & *vice verſâ*.

Lorſque les conjoints ont ſtipulé propre ce qui leur adviendroit durant le mariage *par ſucceſſion, don, legs, ou autrement*, ces termes *ou autrement*, comprennent les bonnes-fortunes qui pourroient arriver à l'un ou à l'autre des conjoints durant la communauté: par exemple, ſi l'un des conjoints durant la communauté, a trouvé une épave ou un tréſor, le tiers qui lui appartient, *jure inventionis* dans l'épave ou dans le tréſor, lui ſera propre, & ſera exclus de la communauté, par ces termes *ou autrement*.

Lorſque l'un des conjoints, durant la communauté, a eu un lot à une loterie, ſi la ſomme payée pour acquérir le billet de loterie a été payée des deniers de la communauté, le lot doit appartenir à la communauté: le lot eſt une acquiſition que la communauté a faite; il eſt le prix du riſque que la communauté a couru de perdre la ſomme payée pour le billet de loterie; mais ſi le billet de loterie n'a pas été payé des deniers de la communauté, mais des deniers d'un tiers qui les a donnés au conjoint, le lot ſera propre au conjoint, comme une acquiſition de bonne fortune, excluſe de la communauté par cette clauſe.

Il y en a qui penſent que par ces termes *ou autrement*, ce qui advenoit à l'un des conjoints par droit de déshérence ou de confiſcation durant la communauté, en étoit exclus: je ne le crois pas; car les choſes qui lui adviennent à ce titre, ſont fruits de ſon droit de juſtice, comme nous l'avons vu, *ſuprà*, *n.* 231: or, la convention de réaliſation, quelqu'étendus qu'en ſoient les termes, ne s'étend pas aux fruits des biens propres des conjoints, qui ſe perçoivent ou naiſſent durant la communauté.

324. Enfin par ces termes, *donation, legs, ou autrement*, on ne doit entendre que les titres lucratifs: par cette raiſon, il a été jugé par un Arrêt du 12 Mars 1738, rapporté par Deniſart, qu'un héritage acquis à rente viagere par l'un des conjoints durant la communauté, appartient à la com-

munauté, nonobſtant la clauſe du contrat de mariage; parce que la rente viagere étant aſſez forte pour pouvoir être conſidérée comme le véritable prix de l'héritage, l'acquiſition de cet héritage n'eſt pas faite à titre de donation, quoiqu'on eût donné à l'acte le nom de donation.

325. L'effet de la clauſe de réaliſation eſt, que les biens mobiliers des conjoints qui ſont réaliſés par cette clauſe, ſont réputés immeubles & propres conventionnels, à l'effet d'être exclus de la communauté, & d'être conſervés au conjoint ſeul qui les a réaliſés.

Il y a néanmoins une grande différence entre les véritables immeubles qui ſont propres réels de communauté, & ces propres conventionnels. La communauté a ſeulement la jouiſſance des immeubles réels qui ſont propres de communauté; mais ils ne ſe confondent pas avec les biens de la communauté; le conjoint à qui ils appartiennent, continue, durant le mariage, d'en être ſeul propriétaire comme il l'étoit avant le mariage; & en conſéquence, le mari ne peut aliéner les propres réels de communauté de ſa femme, ſans ſon conſentement: au contraire, les mobiliers réaliſés ou propres conventionnels, ſe confondent dans la communauté avec les autres biens mobiliers de la communauté, qui eſt ſeulement chargée d'en reſtituer après ſa diſſolution, la valeur à celui des conjoints qui les a réaliſés; en conſéquence, le mari comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réaliſés. La réaliſation de ces meubles & leur excluſion de communauté, ne conſiſte que dans une créance de repriſe de leur valeur, que le conjoint qui les a réaliſés, a droit d'exercer après la diſſolution de la communauté contre la communauté, dans laquelle ces meubles réaliſés ſe ſont confondus; & c'eſt à cette créance de repriſe que la qualité de propre conventionnel eſt attachée. Le conjoint n'eſt pas créancier *in ſpecie*, des meubles réaliſés; il ne l'eſt que de leur valeur; & s'il s'en trouvoit quelqu'uns en nature lors de la diſſolution de la communauté, il y auroit ſeulement un privilege pour la créance de repriſe en les faiſant reconnoître.

La raiſon de cette différence entre les immeubles réels propres de communauté, & les meubles réaliſés, eſt que la communauté doit avoir la jouiſſance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad ſuſtinenda onera matrimonii*; elle peut avoir la jouiſſance de leurs immeubles propres réels, ſans que cette jouiſſance en conſomme le fonds; il n'eſt donc pas néceſſaire, pour qu'elle ait cette jouiſſance, qu'elle ait le droit d'aliéner le fonds: au contraire, les meubles réaliſés étant des choſes qui ſe conſomment par l'uſage même qu'on en fait, *quæ uſu conſumuntur*; ou du moins qui s'alterent & deviennent de nulle valeur par un long uſage; pour que la communauté en puiſſe avoir la jouiſſance, & pour conſerver en même temps au conjoint qui les a réaliſés, quelque choſe qui lui tienne lieu du droit de propriété qu'il a entendu ſe réſerver par la convention de réaliſation, il a été néceſſaire d'abandonner à la communauté ces meubles réaliſés, & de laiſſer au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner & d'en diſpoſer; ſans quoi la communauté n'en pourroit pas avoir la jouiſſance, & de donner au conjoint qui les a réaliſés pour lui tenir lieu de ſon droit de propriété, une créance de repriſe de la valeur des effets réaliſés qu'il aura

droit d'exercer contre la communauté lors de ſa diſſolution ; ceci eſt conforme aux principes de Droit ſur le quaſi-uſufruit : *Inſtit. tit. de uſufr.* §. 3. & *tit.* ff. *de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.*

## §. II.

### *Des extenſions qu'on apporte par les contrats de mariage à la convention de réaliſation.*

326. La convention de réaliſation, lorſqu'elle eſt ſimple, n'a d'effet que pour le cas de la communauté ; la créance pour la repriſe de la ſomme à laquelle monte la valeur des effets réaliſés que l'enfant héritier du prédécédé qui a fait la réaliſation, a contre la communauté & contre le conjoint ſurvivant, pour la part qu'a le ſurvivant dans la communauté, n'eſt regardée comme un propre conventionnel, que pour le cas de la communauté ; mais dans la ſucceſſion de cet enfant, cette créance de repriſe qu'a cet enfant n'eſt pas regardée autrement que comme une créance mobiliaire, à laquelle le ſurvivant en ſa qualité d'héritier au mobilier de ſes enfans, lui ſuccede, & en fait confuſion & extinction en y ſuccédant.

La convention de réaliſation eſt ſimple lorſqu'on a dit ſimplement que le mobilier du conjoint *ſeroit propre*, ou bien *qu'il ſeroit propre au futur conjoint.*

327. Pareillement, lorſqu'il a été dit ſimplement qu'une ſomme d'argent donnée à l'un des conjoints, ou qui lui appartient, ſeroit *employée en achat d'héritages* ; l'emploi n'ayant pas été fait, la convention de réaliſation de cette ſomme qui réſulte de cette deſtination en achat d'héritages, n'eſt qu'une ſimple clauſe de réaliſation, qui n'a d'effet que pour le cas de la communauté, & qui n'empêche pas que dans la ſucceſſion de l'enfant créancier de cette ſomme, elle ne doive être regardée comme une ſimple créance mobiliaire à laquelle le ſurvivant, comme héritier au mobilier de ſes enfans a droit de ſuccéder. Cela a ſouffert néanmoins quelque difficulté à l'égard de la ſomme d'argent apportée en mariage par la femme, avec la clauſe qu'elle ſeroit employée en achat d'héritages, ſi elle eſt morte avant que l'emploi ait été fait, laiſſant pour héritier un enfant lequel eſt mort enſuite : on a douté ſi dans la ſucceſſion de cet enfant, le mari ſurvivant, pere de cet enfant, pouvoit ſuccéder à la créance de repriſe de cette ſomme. On diſoit en faveur des héritiers aux propres maternels, que ſi le mari ſurvivant avoit fait l'emploi de la ſomme en héritages, ces héritages auroient été des propres maternels en la perſonne de l'enfant héritier de ſa mere, auxquels propres il n'auroit pu ſuccéder à cet enfant ; que c'étoit de la part du mari, une fraude de n'avoir pas rempli la deſtination portée par le contrat de mariage, pour ſe procurer la ſucceſſion de la repriſe de cette ſomme lors de la mort de ſes enfans ; qu'il ne doit pas profiter de cette fraude, & que l'emploi en héritages qui devoit être fait de cette ſomme, doit vis-à-vis de lui, être réputé fait, ſuivant cette regle de Droit : *in omnibus cauſis pro facto accipitur id in quo per aliquem mora fit, quominùs fiat* : L. 9, ff. *de Reg. Jur.* & qu'en conſéquence dans la ſucceſſion de l'enfant, il doit être exclus

de ſuccéder à la repriſe de cette ſomme, de même qu'il eût été exclus de ſuccéder aux héritages, ſi l'emploi eût été fait.

Par ces raiſons, quelques anciens Arrêts cités par Renuſſon en ſon Traité de la Communauté, avoient jugé contre le mari ; mais cet Auteur nous apprend que la Juriſprudence a depuis changé, & que les Arrêts poſtérieurs ont jugé que lorſqu'une femme a apporté en mariage une certaine ſomme pour être employée en achat d'héritages, cette deſtination d'emploi n'impoſoit pas au mari une obligation préciſe de le faire ; & qu'en conſéquence, faute de l'avoir fait, il ne devoit pas être exclus de ſuccéder à ſes enfans, à la repriſe de cette ſomme qu'ils ont droit d'exercer comme héritiers de leur mere.

Il en ſeroit autrement ſi le mari s'étoit obligé formellement envers la famille de ſa femme à faire l'emploi. L'inexécution de ſon obligation le rend débiteur des dommages & intérêts de cette famille, & il doit pour leſdits dommages & intérêts, céder à cette famille la ſucceſſion de la repriſe de la ſomme, à la place des héritages auxquels cette famille eût ſuccédé, s'il avoit fait l'emploi.

328. La ſimple convention de réaliſation du mobilier des conjoints, n'a d'effet, comme nous l'avons dit, que pour le cas de la communauté ; mais on a introduit dans les contrats de mariage, des additions qu'on fait à la convention de réaliſation, qui l'étendent au cas de la ſucceſſion des enfans.

La premiere eſpece d'addition qu'on fait à la convention de réaliſation eſt, lorſqu'après qu'il a été dit que le mobilier du futur conjoint lui ſeroit propre ; & pareillement, après qu'il a été dit qu'une certaine ſomme d'argent faiſant partie de la dot de l'un des conjoints ſeroit employée en achat d'héritages qui lui ſeroient propres, on ajoute ces termes, *& aux ſiens*.

L'effet de cette addition, *& aux ſiens*, eſt d'étendre la convention de réaliſation ou ſtipulation de propre, au cas de la ſucceſſion des enfans ; de maniere que lorſque l'un des conjoints, *putà*, la femme dont le mobilier a été ſtipulé propre à elle *& aux ſiens*, meurt laiſſant pour ſes héritiers ſes enfans ; ſi quelqu'un deſdits enfans vient à mourir, la créance de la repriſe de la ſomme réaliſée pour la portion à laquelle ils ont ſuccédé à leur mere, eſt dans leur ſucceſſion, réputée immeuble & propre maternel, auquel les autres enfans ſuccedent, à l'excluſion du mari ſurvivant héritier au mobilier de ſes enfans.

Obſervez que ces ſtipulations étant de droit étroit, le terme *ſiens*, ne comprend que les enfans du conjoint dont le mobilier a été ſtipulé propre à lui *& aux ſiens* ; ce n'eſt qu'en faveur deſdits enfans que la créance de repriſe de la ſomme réaliſée, eſt réputée propre de ſucceſſion : c'eſt pourquoi, ſi tous les enfans du conjoint dont le mobilier a été ſtipulé propre à lui & aux ſiens, meurent ſucceſſivement, la créance de la repriſe de la ſomme réaliſée qui a été réputée immeuble, & propre dans la ſucceſſion des enfans, tant qu'il eſt reſté quelque enfant pour la recueillir, ne ſera plus dans la ſucceſſion du dernier mourant des enfans, conſidérée que comme une créance mobiliaire, telle qu'elle l'eſt dans la vérité, à laquelle ſuccédera le conjoint ſurvivant, en ſa qualité d'héritier au mobilier de ſes

enfans ; car la réalisation n'ayant été faite qu'au profit *des siens*, c'est-à-dire, des enfans, il ne reste plus, lors de la succession du dernier mourant des enfans, aucun de ceux en faveur de qui la réalisation a été faite, & par conséquent son effet doit cesser.

Il en est même des termes *hoirs*, employés dans les conventions de réalisation ; ces termes ne comprennent que les hoirs ou héritiers de la ligne directe, c'est-à-dire, les enfans ; c'est pourquoi lorsque le mobilier de l'un des conjoints a été stipulé propre à lui & *à ses hoirs*, la réalisation pour le cas de la succession, n'est censée faite qu'en faveur des enfans de ce conjoint, & est entiérement semblable à la stipulation par laquelle son mobilier auroit été stipulé propre à lui & aux siens.

Au reste, dans ces stipulations, ces termes, *siens*, *hoirs*, comprennent non-seulement les enfans du premier degré, mais aussi les petits-enfans, & toute la postérité du conjoint qui a fait la stipulation.

Ils comprennent non-seulement les enfans qui naîtront du mariage, mais ceux que le conjoint qui fait la stipulation, a de ses précédens mariages.

329. La seconde addition qui se fait par les contrats de mariage, aux conventions de réalisation, est celle qui se fait par ces termes, *& à ceux de son côté & ligne*, lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, que le mobilier du futur conjoint sera propre à lui, aux siens, *& à ceux de son côté & ligne*.

Ces termes, *de son côté & ligne*, comprennent tous les parents, même collatéraux du conjoint qui a fait la stipulation, & étend à leur profit la fiction de la réalisation dans la succession du dernier mourant des enfans.

C'est pourquoi, si le mobilier de l'un des conjoints, *putà*, de la femme, a été stipulé propre à elle, aux siens & à ceux de son côté & ligne, & qu'elle soit morte en laissant pour ses héritiers ses enfans, lesquels sont tous morts aussi successivement, la créance de reprise de la somme réalisée, sera dans la succession du dernier mourant des enfans réputée immeuble & propre maternel, auquel succéderont les héritiers maternels dudit enfant, à l'exclusion du conjoint survivant, pere & héritier au mobilier dudit enfant.

Il s'est élevé une question sur l'effet de ces deux additions faites à des stipulations de propre, qui a été jugée par un Arrêt du 17 Avril 1703, rendu en forme de Réglement, rapporté par Augeard, *T.* 1.

Dans l'espece sur laquelle a été rendu l'Arrêt, le nommé Conthié, par son contrat de mariage avec Susanne Barré sa troisieme femme, avoit apporté 2000 livres en communauté, & stipulé propre le surplus de son mobilier à lui, aux siens, & à ceux de son côté & ligne : il mourut le premier, laissant pour héritiers huit enfans de ses différens mariages. Deux des enfans du troisieme mariage étant morts depuis, leur mere prétendit en sa qualité de leur héritiere au mobilier, devoir leur succéder aux portions qu'ils avoient dans la reprise de propre, préférablement à leurs freres & sœurs, leurs héritiers aux propres paternels. Elle soutenoit que ces stipulations de propres aux siens & à ceux de son côté & ligne, n'étoient valables, à l'effet de faire de la créance de la reprise de la somme réalisée, un propre conventionnel en matiere de succession, que lorsque la dot de l'un des conjoints, à

laquelle on appoſoit ces ſtipulations, lui étoit donnée par ſes pere & mere ; étant permis en ce cas aux donateurs d'appoſer à leur donation telle loi que bon leur ſembloit ; mais que lorſque le conjoint ſe marioit *de ſuo*, il ne pouvoit pas changer lui-même la nature de ſon bien, & faire d'un effet mobilier, un propre de ſon côté dans la ſucceſſion de ſes enfans. La Cour n'eut aucun égard à cette diſtinction, & l'Arrêt adjugea aux freres, comme héritiers paternels, les parts que les enfans décédés avoient dans la repriſe de propre, comme étant un propre paternel, dont la mere étoit excluſe par la ſtipulation.

330. Ces deux eſpeces d'additions qu'on fait à la convention de réaliſation, donnent à la créance de repriſe de la ſomme réaliſée, la qualité d'immeuble & de propre pour le cas de la ſucceſſion, à l'effet que le conjoint ſurvivant n'y puiſſe ſuccéder en ſa qualité d'héritier au mobilier de ſes enfans ; mais elles ne donnent pas à cette créance la qualité de propre de diſpoſition. C'eſt pourquoi, lorſque ces enfans ſont en âge de teſter de leur mobilier, cette créance de repriſe qu'ont leſdits enfans, eſt compriſe comme bien meuble dans le legs de leurs meubles & acquêts qu'ils auroient fait au ſurvivant.

Pour obvier à cela, il y a une troiſieme addition qui ſe fait quelquefois par les contrats de mariage, à la convention de réaliſation ; la partie qui ſtipule que ſon mobilier lui *ſera propre & aux ſiens* ; ou bien qu'*il lui ſera propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne*, ajoute ces termes ; *même quant à la diſpoſition* ; ou bien ceux-ci, *quant à tous effets*.

L'effet de l'addition de ces termes eſt d'étendre la convention de réaliſation, même au cas de la diſpoſition ; de maniere que les enfans héritiers du conjoint prédécédé, qui a réaliſé ainſi ſon mobilier, ne puiſſent, ſoit par donation entre-vifs, ſoit par teſtament, pas plus diſpoſer au profit du ſurvivant de la créance de repriſe de la ſomme réaliſée, qu'ils le pourroient d'un propre réel.

331. Chacun des futurs conjoints peut comprendre dans ces ſtipulations de propre à lui, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne non ſeulement le mobilier qu'il a lorſqu'il ſe marie, mais celui qui lui adviendra ; c'eſt ce qu'on a coutume d'exprimer par ces termes : *le ſurplus de ſes biens, enſemble ce qui lui adviendra durant le mariage par ſucceſſion, don ou legs, lui ſera propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne.*

Pourroit-on encore ajouter à cette clauſe, celle-ci ; *ſera pareillement propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, tout ce qui après ſa mort adviendra directement aux enfans à naître du mariage, par des ſucceſſions de ſa famille* ? Je crois que cette clauſe eſt valable ; par cette clauſe, l'autre conjoint renonce au droit de ſuccéder à ſes enfans, aux biens mobiliers qu'ils auroient eu des ſucceſſions des parens de la famille de celui qui a fait la ſtipulation. Nous avons vu dans la Préface, que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre les renonciations à des ſucceſſions futures ; ſi on peut renoncer entiérement à une ſucceſſion future, on peut y renoncer pareillement quant à certains biens deſdites ſucceſſions.

332. Sur l'effet de ces additions qu'on fait aux conventions de réaliſation, il y a trois principes à obſerver.

*Premier principe.* Ces additions ſont de Droit étroit; elles doivent en conſéquence s'interpréter ſelon le ſens rigoureux & grammatical des termes dans leſquels elles ſont conçues, duquel il n'eſt pas permis de s'écarter ſur des conjectures de l'intention des parties. On peut apporter pour premier exemple de ce principe, le cas auquel un pere, en dotant ſeul & entiérement *de ſuo* ſa fille, ſe ſeroit par le contrat de mariage de ſa fille, exprimé en ces termes: » le pere de la future, en faveur de mariage, a donné à ſa » fille la ſomme de tant en argent, que le futur époux a confeſſé avoir » reçu, de laquelle ſomme il en entrera tant en la communauté, & le ſur- » plus ſera propre à la future, aux ſiens *& à ceux de ſon côté & ligne* ». Quoiqu'il ſoit très-probable que l'intention du donateur a été de conſerver à ſa propre famille, plutôt qu'à celle de ſa femme, qui lui eſt étrangere, ce qu'il a eu ſoin de réſerver propre, néanmoins on ne doit pas ſur cette conjecture de ſa volonté, s'écarter du ſens rigoureux & grammatical des termes; or dans cette clauſe, *ſera propre à la future, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne*, ces termes, & à ceux de ſon côté & ligne, ſelon leur ſens grammatical, ſe réferent *à la future*, & non au donateur, & ſignifient *ceux du côté & ligne* de la future, & non pas ſeulement, ceux du côté & ligne du donateur; c'eſt pourquoi la créance de repriſe de la femme, ainſi réaliſée, ne doit dans la ſucceſſion des enfans qui y ont ſuccédé à leur mere, être regardée, que comme un propre conventionnel, qui ne remonte pas plus haut qu'à leur mere; & il ſuffit, pour leur ſuccéder à ce propre, d'être parent deſdits enfans du côté de leur mere, ſans qu'il ſoit beſoin de l'être auſſi du côté de celui qui a fait la donation. C'eſt ce qui a été jugé par pluſieurs Arrêts, & notamment par un Arrêt en forme de réglement, du 16 Mars 1733, rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage, *tom. 2, p.* 421. Dans l'eſpece de cet Arrêt, le ſieur Dumoulin & ſa femme, en mariant leur fille à M. de Fieubet, avoient ſtipulé, à l'égard d'une certaine partie de la dot, qu'elle ſeroit propre à la future, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne: Madame de Fieubet étant morte, & ayant laiſſé pour héritier un fils mineur, qui mourut auſſi quelque temps après; dans la ſucceſſion de ce mineur, la créance pour la repriſe de la partie de la dot ſtipulée propre, que le mineur, comme héritier de ſa mere, avoit contre ſon pere, fut diſputée entre la veuve Dumoulin, aïeule du mineur, & les parens collatéraux de la famille de Dumoulin: ceux-ci prétendoient ſuccéder pour moitié à cette repriſe, en ſoutenant que les ſieurs & Dame Dumoulin ayant doté chacun pour moitié, la repriſe de cette dot étoit pour moitié, propre conventionnel de la famille Dumoulin. L'Arrêt jugea que le propre conventionnel ne devoit pas remonter plus haut qu'à la perſonne de Madame de Fieubet, & adjugea en conſéquence à la veuve Dumoulin, cette créance pour le total.

Pour conſerver à la famille du donateur la ſomme réſervée propre par le donateur, il auroit fallu concevoir la clauſe autrement, & dire; *ſera propre à la future, aux ſiens, & à ceux du côté & ligne du donateur.*

On peut apporter pour un ſecond exemple de notre principe, celui de la clauſe par laquelle il eſt dit, que s'il eſt aliéné durant le mariage quelque

que propre de l'un des conjoints ; la créance, pour le remploi du prix, lui ſera *propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne :* quoiqu'il y eût quelque ſujet de préſumer que le conjoint qui a fait la ſtipulation, a eu intention de conſerver le prix de ſes propres qui ſeroient aliénés, aux familles d'où ils procédoient ; néanmoins dans l'eſpece de cette clauſe, ces termes, *& à ceux de ſon côté & ligne*, pris dans leur ſens propre & grammatical, comprennent dans leur généralité indiſtinctement tous les parens de ce conjoint qui a fait la ſtipulation, ſans remonter plus haut ; la créance, pour le remploi du prix des propres, ſera donc un propre conventionnel, qui ne remontera pas plus haut qu'à la perſonne du conjoint qui a fait la ſtipulation, & il ne ſera pas néceſſaire pour y ſuccéder, d'être de la ligne d'où procédoit le propre aliéné. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 16 mai 1735, rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage. Il auroit fallu pour le conſerver à cette ligne, dire expreſſément que la créance, pour le remploi du prix, ſeroit propre *à ceux de la ligne d'où procédoient les propres aliénés* ; ou bien, qu'*elle ſeroit propre, de même nature que les propres qui ſeroient aliénés.*

333. *Second principe.* Les additions qui ſe font aux conventions de réaliſation, ne s'étendent, ni d'une perſonne à une autre, ni d'une choſe à une autre, ni d'un cas à un autre.

Ce principe eſt une ſuite du précédent.

1°. Ces additions ne s'étendent pas d'une perſonne à une autre : c'eſt pourquoi lorſqu'un conjoint a ſtipulé que ſon mobilier lui ſeroit propre *& aux ſiens*, ce qu'il a ſtipulé pour *les ſiens*, c'eſt-à-dire, pour ſes enfans, ne doit pas s'étendre à ſes collatéraux ; & en conſéquence la créance de repriſe ne doit pas dans la ſucceſſion du dernier mourant des enfans, être conſidérée comme un propre conventionnel de la ligne de celui qui a fait la ſtipulation, comme nous l'avons dit *ſuprà*, *n.* 328.

334. Lorſqu'un conjoint a ſtipulé que ſon mobilier ſeroit propre à lui & à ceux de ſon côté & ligne, ſans dire *aux ſiens*, & ſans ſe ſervir d'aucun autre terme qui déſigne ſes enfans, peut-on, ſuivant le principe que les ſtipulations ne s'étendent pas d'une perſonne à une autre, dire que dans cette eſpece, la créance de repriſe de la ſomme réaliſée ne doit pas être réputée propre conventionnel en faveur des enfans du conjoint qui a fait la ſtipulation ? Je penſe que les enfans de celui qui a fait la ſtipulation, ſont dans cette eſpece, compris dans la convention de la réaliſation, quoiqu'ils n'y ſoient pas déſignés par des termes qui leur ſoient particuliers, tels que ceux-ci, *& aux ſiens*, qu'on a coutume d'employer ; ils ſont avec les collatéraux, compris ſous ces termes, *& à ceux de ſon côté & ligne* : car perſonne n'eſt plus proche de la ligne de celui qui a fait la ſtipulation, que ſes enfans. Il eſt d'autant plus néceſſaire de regarder les enfans comme compris dans cette convention de réaliſation, qu'il ne tombe pas ſous le ſens que le conjoint ait voulu conſerver ſes biens mobiliers à ſes collatéraux, & qu'il n'ait pas voulu pareillement les conſerver à ſes enfans, qui doivent lui être beaucoup plus chers que ſes collatéraux.

Notre déciſion ſouffriroit encore moins de difficulté, ſi le conjoint s'étoit

ſervi du terme *même*, *putà* s'il étoit dit, *lui ſera propre*, & MEME *à ceux de ſon côté & ligne.*

335. 2°. Les additions faites à la convention de réaliſation ne s'étendent pas d'une choſe à une autre ; c'eſt pourquoi, lorſqu'il eſt dit par le contrat de mariage à l'égard de l'un des futurs conjoints, que le ſurplus de ſes biens ſera propre à lui, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, & qu'il eſt dit enſuite, que ce qui lui adviendra par ſucceſſion, don ou legs, lui ſera propre, l'addition qui eſt faite à la convention de réaliſation pour le ſurplus des biens mobiliers que le conjoint avoit en ſe mariant, ne s'étend pas à ce qu'il a ſtipulé pour le mobilier qui lui adviendroit par ſucceſſion, lequel ne ſera qu'un ſimple propre de communauté.

Par la même raiſon, cette addition, *aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne*, à la ſtipulation de propre que l'un des conjoints a faite du ſurplus de ſes biens, ſe borne à faire de la repriſe de la valeur du ſurplus du mobilier qu'il avoit en ſe mariant, un propre conventionnel dans la ſucceſſion de ſes enfans ; mais elle ne s'étend pas au remploi du prix de ſes immeubles, qui auroient été aliénés durant le mariage ; la créance de ce remploi, dans la ſucceſſion des enfants de ce conjoint, ne paſſera que pour une ſimple créance mobiliaire, à laquelle ſuccédera le conjoint ſurvivant, comme héritier au mobilier de ſes enfans : car le conjoint, en ſtipulant propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, le ſurplus de ſes biens eſt cenſé n'avoir entendu parler que de ceux qu'il avoit en ſe mariant, & non des créances pour le remploi du prix de ſes propres qui ſeroient aliénés durant le mariage, leſquelles étoient des choſes qui n'exiſtoient pas encore, & qui n'ont commencé d'exiſter que durant le mariage, lorſque les propres ont été aliénés.

Il y a néanmoins un cas auquel la ſtipulation que fait l'un des conjoints, que le ſurplus de ſes biens lui ſera propre à lui, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, doit être cenſée comprendre la créance pour le remploi du prix de ſes propres qui ſeront aliénés durant le mariage ; c'eſt le cas auquel le ſurplus des biens que le conjoint a de cette maniere ſtipulé propre, ne conſiſtoit qu'en immeubles.

Par exemple : ſi les pere & mere de la fille, en la mariant, lui ont donné en mariage 30000 livres ; ſavoir, 6000 livres en effets mobiliers, que le futur époux a reconnu avoir reçu, & 24000 livres en tels & tels immeubles ; & qu'il ſoit dit enſuite, que la communauté ſera, de la part de la future, compoſée de 10000 livres, à prendre d'abord ſur ſon mobilier, & enſuite ſur ſes immeubles, & que le *ſurplus de ſes biens* ſera propre à elle, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne ; dans cette eſpece, le ſurplus des biens que la future ſe réſerve propre & à ceux de ſon côté & ligne, ne conſiſte que dans des immeubles ; car tout ſon mobilier eſt entré dans ſon apport à la communauté : la future, en ſtipulant que ſes immeubles lui ſeront propres, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, n'a pu conſidérer le cas auquel elle conſerveroit ces immeubles en nature juſqu'à la diſſolution ; car la ſtipulation de propre ne peut avoir aucun effet dans ce cas, ces immeubles ne pouvant pas recevoir de la ſtipulation de propre, une qualité de propres qu'ils ont de leur propre nature : il eſt donc néceſſaire,

pour donner quelqu'effet à cette ſtipulation, de ſuppoſer que le conjoint, en ſtipulant ſes immeubles propres à lui, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, a fait cette ſtipulation pour le cas auquel ils ſeroient aliénés durant le mariage, & que c'eſt la créance pour le remploi du prix pour lequel ils ſeroient vendus, que les parties ont eu en vue dans cette ſtipulation de propre. Cela eſt conforme à cette regle d'interprétation, que les conventions doivent plutôt être entendues dans un ſens ſelon lequel elles ont quelqu'effet, que dans un ſens ſelon lequel elles n'en pourroient avoir aucun; *Traité des Obligations*, *n.* 92.

Hors ce cas, la ſtipulation de propre à ceux de ſon côté & ligne, que le futur conjoint fait du ſurplus de ſes biens, ne s'applique pas à la créance pour le remploi du prix de ſes propres: il faut, pour faire de cette créance un propre conventionnel dans la ſucceſſion des enfans, ou ſtipuler expreſſément que cette créance ſera propre aux ſiens, ou qu'elle ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne; ou appliquer par quelques termes de relation, la ſtipulation de propre, pour la créance du remploi du prix des propres aliénés, à celle que le conjoint a précédemment faite pour le ſurplus de ſes biens; comme lorſqu'après la clauſe, par laquelle il eſt dit, que le ſurplus des biens du conjoint lui ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, il eſt ajouté de ſuite, que la créance pour le remploi du prix de ſes propres qui ſeroient aliénés durant le mariage, *ſera propre de la même maniere*; ou bien, *ſera pareillement propre*; ces termes, *de la même maniere*, & ce terme, *pareillement*, ſont des termes de relation à la clauſe précédente leſquels, dans la ſucceſſion des enfans du conjoint qui a fait ces ſtipulations, ſont de la créance pour le remploi du prix des propres aliénés, un propre conventionnel, ſemblable à celui qui réſulte de la clauſe précédente pour la repriſe de la valeur du ſurplus des biens mobiliers que le conjoint avoit lorſqu'il s'eſt marié.

On peut de même appliquer par des termes de relation, la ſtipulation que le conjoint a faite, que le ſurplus de ſes biens ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, à celle qu'il fait pour ce qui lui adviendra par ſucceſſion ou donation, en ajoutant de ſuite: *ce qui adviendra au conjoint par ſucceſſion ou donation, lui ſera propre* DE LA MESME MANIERE; ou bien, *lui ſera* PAREILLEMENT *propre.*

Néanmoins pour éviter toutes conteſtations; au lieu de ces termes de relation, il eſt plus sûr de répéter expreſſément, ſoit à l'égard de la créance pour le remploi du prix des propres aliénés, ſoit à l'égard de ce qui pourroit advenir par ſucceſſion, que ces créances ſeront propres aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne.

336. 3°. Les additions qu'on fait à la convention de réaliſation ne s'étendent pas d'un cas à un autre; par exemple, comme nous l'avons déja dit *ſuprà*, *n.* 330, ce qui eſt ſtipulé pour le cas de ſucceſſion des enfans, ne s'étend pas au cas de la faculté de diſpoſer.

337. *Troiſieme principe.* Les conventions de réaliſation, & toutes les additions qu'on y fait, ne peuvent avoir aucun effet qu'entre ceux qui étoient parties à la convention, leurs héritiers ou autres ſucceſſeurs; c'eſt pourquoi

les propres conventionnels qui ſont formés par les conventions, ne peuvent être réputés tels, qu'entre les familles contractantes, & non envers des tiers qui n'y ont pas été parties.

Ce principe eſt tiré de cette regle générale du Droit : *animadvertendum ne conventio in aliâ re facta, aut cum aliâ perſonâ, in aliâ re, aliâve perſonâ noceat ;* L. 27, §. 4, ff. *de pact* *Voyez* ce que nous avons dit en notre Traité des Obligations *n.* 85 *&* 87, & ſuiv.

On peut faire l'application de ce principe à l'eſpece ſuivante : Titius premier du nom, a épouſé Sempronia, laquelle par contrat de mariage, a ſtipulé qu'une certaine ſomme lui ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne ; elle a laiſſé pour ſon héritier ſon fils Titius ſecond du nom, lequel a épouſé Cornelia, & qui eſt mort enſuite, laiſſant pour ſon héritier, Titius troiſieme du nom, qui eſt mort auſſi : dans la ſucceſion de ce Titius du nom, Cornelia ſa mere, comme ſon héritiere au mobilier, lui ſuccédera à la créance qu'il avoit contre ſon aïeul Titius premier du nom, pour la repriſe de la ſomme ſtipulée propre par Sempronia, ſans que les parents de la famille de Sempronia puiſſent lui oppoſer que cette ſomme ayant été ſtipulée par Sempronia, propre à elle, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne ; la créance pour la repriſe de cette ſomme, eſt un propre conventionnel, affecté à la famille de Sempronia ; car la convention n'étant intervenue qu'entre Titius & Sempronia, la créance pour la repriſe de cette ſomme, ne peut être réputée un propre conventionnel de la famille de Sempronia, que vis-à-vis Titius avec qui la ſtipulation a été faite, & ceux qui le repréſenteroient. Elle ne doit pas, ſuivant notre principe, être réputée un propre conventionnel vis-à-vis de Cornelia, qui n'a pas été partie à cette convention.

L'Auteur du Traité des Contrats de Mariage, rapporte un Arrêt du 20 Janvier 1738. Dans l'eſpece de cet Arrêt, le ſieur Dumoulin, par ſon contrat de mariage avec Antoinette de la Collonge, avoit ſtipulé qu'une ſomme de 9000 livres, qui faiſoit partie de ſon mobilier, lui ſeroit propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne ; Gaſpard de Fieubet, par le prédécès de ſa mere, avoit recueilli la ſucceſſion du ſieur Dumoulin ſon aïeul maternel, dans laquelle s'étoit trouvé ce propre conventionnel de 9000 livres ; ledit Gaſpard de Fieubet étant depuis décédé en minorité, ſes héritiers aux propres de la famille de Dumoulin prétendirent avoir droit de lui ſuccéder à cette ſomme de 9000 livres, ſtipulée propre par le contrat de mariage du ſieur Dumoulin, que le mineur de Fieubet avoit recueillie dans la ſucceſſion dudit ſieur Dumoulin : ils ſe fondoient ſur ce que la convention de propre, portée au contrat de mariage du ſieur Dumoulin, avoit fait de cette ſomme de 9000 livres, un propre conventionnel affecté à la famille Dumoulin. M. de Fieubet, pere du mineur défunt, & ſon héritier au mobilier, leur répondoit fort bien : cette convention de propre a bien pu faire de cette ſomme de 9000 livres, un propre conventionnel vis-à-vis Antoinette de Collonge, avec qui la convention a été faite ; mais elle n'en a pu faire un vis-à-vis de moi, qui n'ai pas été partie à cette convention ; l'Arrêt a débouté les parens de la famille de Dumoulin de leur demande, & a ad-

jugé cette ſomme de 9000 livres à M. de Fieubet, comme faiſant partie de la ſucceſſion mobiliaire du mineur.

338. Suivant le même principe, lorſqu'une femme, par ſon contrat de mariage avec ſon premier mari, a ſtipulé qu'une certaine ſomme lui ſeroit propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, *même quant à la diſpoſition*; la créance qu'elle a pour la repriſe de cette ſomme contre les héritiers de ſon premier mari, doit tomber, comme un effet mobilier, dans la communauté légale avec ſon ſecond mari. On ne peut pas oppoſer que la clauſe ci-deſſus rapportée a fait de cette créance un propre conventionnel, même de diſpoſition; car les conventions n'ayant d'effet qu'entre ceux qui y ont été parties, cette clauſe portée au contrat du premier mariage, n'a pu faire de cette créance *un propre de diſpoſition*, que vis-à-vis le premier mari, à l'effet que les enfans qui auroient ſuccédé à leur mere à cette créance, n'euſſent pu en diſpoſer envers leur pere, pour plus que pour un propre réel; mais cette clauſe ne peut, ſuivant notre principe, faire réputer cette créance pour un propre conventionnel vis-à-vis le ſecond mari, qui n'a pas été partie dans cette convention; & elle ne peut par conſéquent empêcher qu'elle ne tombe dans la communauté légale de cette femme avec ſon ſecond mari. Lebrun en décidant le contraire en ſon Traité de la Communauté, *l.* 1, *ch.* 5, § 1, *d.* 3, *n.* 12, a péché contre les premiers principes de la matiere des conventions & des propres conventionnels.

339. On a depuis peu agité la queſtion, ſi lorſque l'un des conjoints a, par ſon contrat de mariage, réaliſé ſon mobilier au profit des ſiens & de ceux de ſon côté & ligne; la créance pour la repriſe de ce mobilier, devoit être réputée propre conventionnel, non-ſeulement vis-à-vis la perſonne de l'autre conjoint, mais même vis-à-vis tous ceux de ſa famille; ou s'il ne devoit être réputé tel, que vis-à-vis le conjoint, ou ceux qui viendroient de ſon chef.

Par exemple: lorſqu'une femme a ſtipulé que ſon mobilier ſeroit propre à elle, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne: dans la ſucceſſion de l'enfant qui a ſuccédé à ſa mere à cette créance, il n'eſt pas douteux que vis-à-vis du conjoint ſurvivant pere de cet enfant, cette créance ſera réputée être un propre conventionnel maternel de ſa ſucceſſion, duquel il ſera exclus par les parents maternels de cet enfant. Mais en ſuppoſant que le pere fût prédécédé, & que l'enfant eût renoncé à ſa ſucceſſion; dans la ſucceſſion de l'enfant, la créance qu'il a contre la ſucceſſion de ſon pere, pour la repriſe du mobilier réaliſé de ſa mere, ſera-t-elle pareillement réputée propre conventionnel maternel, vis-à-vis de l'aïeul paternel de cet enfant, ſon héritier au mobilier; & cet aïeul devra-t-il en conſéquence être exclus de ſuccéder à cette créance par les parents maternels? L'opinion commune, ſur cette queſtion, étoit que la créance pour cette repriſe, étoit dans la ſucceſſion des enfans, réputée un propre conventionnel du côté du conjoint qui avoit fait la ſtipulation, non-ſeulement vis-à-vis la perſonne de l'autre conjoint, mais vis-à-vis tous ceux de la famille de l'autre conjoint; & qu'en conſéquence dans l'eſpece propoſée, les parents maternels devoient ſuccéder à l'enfant, à la créance pour la repriſe des deniers réaliſés par ſa mere, comme à un propre maternel, à l'excluſion de l'aïeul paternel.

La queſtion a été jugée contre cette opinion commune, par Arrêt du 17 Mai 1762, rendu en forme de Réglement. Dans l'eſpece de l'Arrêt, M. Bellanger Deſſenlis, par ſon contrat de mariage avec Marie-Marguerite Maillard, avoit ſtipulé une partie de ſon mobilier, propre à lui, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne. M. Bellanger Deſſenlis étant mort, avoit laiſſé pour héritier M. Bellanger de Beauvoir, ſon fils: dans la ſucceſſion de M. de Beauvoir ſe trouverent certains effets qu'il avoit eu de la ſucceſſion de ſon pere, leſquels étoient à la vérité, par leur nature, effets mobiliers, mais qui étoient compris dans la convention de propre portée au contrat de mariage de M. Bellanger pere. La ſucceſſion de ces effets fut diſputée entre les biſaïeuls maternels du défunt, qui étoient ſes héritiers au mobilier, & les parents paternels: ceux-ci ſoutenoient que ces effets, quoique mobiliers par leur nature, avoient été faits propres conventionnels de la famille Bellanger, par la convention de propre, portée au contrat de mariage de M. Bellanger, qui devoient être regardés comme tels, contre tous les parents de la famille maternelle; parce que les conventions de propres à ceux du côté & ligne de l'un des conjoints, portées par les contrats de mariage, devoient être regardées, non-ſeulement comme des conventions intervenues entre l'homme & la femme qui contractent mariage, mais comme des conventions intervenues entre les familles de l'homme & de la femme, qui devoient faire une loi pour leſdites familles.

On ajoutoit que cette opinion étoit très-favorable, puiſqu'elle tendoit à conſerver les biens dans les familles; ſi on s'en écartoit, les perſonnes dont toute la fortune conſiſte dans un mobilier conſiderable, & qui donnent à leurs enfans, en les mariant, des dots conſidérables qui ne conſiſtent qu'en argent ou en effets mobiliers, ne pourroient plus avoir de voie aſſurée pour conſerver leur bien à leur famille, que celle des ſubſtitutions, qui eſt une voie diſpendieuſe, gênante, & ſujette à beaucoup d'embarras.

Les héritiers au mobilier du mineur répondoient que les conventions de propre, portées par les contrats de mariage, ne peuvent pas être conſidérées comme conventions intervenues entre les familles des futurs conjoints; chaque famille ne forme pas un corps, & n'a pas une perſonne civile capable de contracter; les parents de chacun des futurs conjoints qui aſſiſtent & ſignent au contrat de mariage, n'aſſiſtent & ne ſignent au contrat que par honneur, & n'y ſont pas parties contractantes. La convention portée par un contrat de mariage, par laquelle l'un des futurs conjoints ſtipule qu'une partie de ſon mobilier lui ſera propre aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne, eſt donc une convention qui n'intervient qu'entre les futurs conjoints, laquelle par conſéquent ne peut avoir aucun effet qu'entr'eux; elle ne peut donc faire des effets mobiliers ſtipulés propres, un propre conventionnel de la famille du conjoint qui a fait la ſtipulation dans la ſucceſſion de ſes enfans, que contre l'autre conjoint, à l'effet de l'exclure, lui ou ceux qui ſeroient à ſes droits, de la ſucceſſion de ce propre conventionnel; mais elle ne peut faire regarder ce mobilier comme un propre conventionnel, contre d'autres perſonnes qui viennent de leur chef à la ſucceſſion de ce mobilier, la convention par laquelle on a réaliſé ce mobilier, ne pouvant être

oppoſée à ces perſonnes, ni avoir aucun effet contr'elles, puiſqu'elles n'y ont pas été parties: donc, diſoient les biſaïeul & biſaïeule maternels de M. de Beauvoir, la ſtipulation de propre portée au contrat de mariage de M. Bellanger Deſſenlis, n'a pu faire des effets mobiliers en queſtion, un propre conventionnel, que contre Marie-Marguerite Maillard ſa femme, avec qui la convention a été faite, à l'effet de l'exclure de la ſucceſſion de ce mobilier, ſi elle eût ſurvecu ſon fils, & eût été ſon héritiere; mais cette ſtipulation n'a pu, vis-à-vis de nous, qui venons de notre chef à la ſucceſſion de ce mobilier, en faire un propre conventionnel; une convention à laquelle nous n'avons pas été parties, ne pouvant avoir aucun effet contre nous: Marguerite Maillard a bien pu renoncer pour elle à ſuccéder à ſes enfans, au mobilier compris dans la convention de propre; mais elle n'a pu y renoncer pour nous, qui venons à cette ſucceſſion de notre chef, & qui ne tenons point d'elle le droit que nous avons d'y ſuccéder. Sur ces raiſons, l'Arrêt a débouté les parens paternels de leur demande, & a adjugé aux biſaïeul & biſaïeule maternels de M. de Beauvoir, la ſucceſſion de tout ſon mobilier, même de celui compris en la ſtipulation de propre portée au contrat de mariage de ſon pere.

340. Il nous reſte à voir de quelle maniere s'éteignent les propres conventionnels qui ſont formés par les additions qu'on fait à la convention de réaliſation. Ils s'éteignent de pluſieurs manieres, par la conſommation de la fiction, par le paiement, par la confuſion, & par le tranſport qui en eſt fait à un étranger.

### *De la conſommation de la fiction.*

341. Le propre conventionnel s'éteint par la conſommation de la fiction, c'eſt-à-dire, lorſqu'elle a eu tout l'effet qu'on s'eſt propoſé par la convention qui l'a formé.

Par exemple, lorſque l'un des conjoints, *putà*, la femme, a ſtipulé que ſon mobilier lui ſeroit propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne; la fiction qui fait de la créance, pour la repriſe de ce mobilier, un propre conventionnel eſt conſommée, lorſqu'à la mort du dernier reſté des enfans, à qui cette créance appartenoit, les parens maternels de cet enfant y ont ſuccédé, comme à un propre maternel; car elle a eu tout l'effet qu'on s'étoit propoſé par la convention, qui étoit de conſerver ce bien, même aux parens collatéraux de la femme, à l'excluſion de l'autre conjoint. C'eſt pourquoi cette créance pour la repriſe du mobilier réaliſé, à laquelle les parens du côté maternel de l'enfant ont ſuccédé, comme à un propre maternel conventionnel, ceſſera d'être dans la perſonne de ces parens, un propre conventionnel, & ne ſera plus qu'une ſimple créance mobiliaire.

Si cette femme n'avoit ſtipulé propre qu'à elle & aux ſiens, ſans ajouter, *& à ceux de ſon côté & ligne*; la fin qu'elle s'eſt propoſée en ce cas, n'étant que de conſerver à tous ſes enfans le mobilier qu'elle a réaliſé, & d'empêcher ſon mari pere deſdits enfans, de ſuccéder à cette repriſe à ceux d'entr'eux qui mourroient les premiers, au préjudice de ceux qui reſteroient: il s'enſuit qu'auſſi-tôt que le dernier reſté des enfans, y a ſuccédé aux pré-

décédés, la fiction ayant eu tout son effet, le propre conventionnel est éteint & que dans la personne de ce dernier resté des enfans, cette créance n'est plus qu'une simple créance mobiliaire, à laquelle, à sa mort, son pere succédera comme son héritier au mobilier.

342. Supposons que la femme qui a stipulé que son mobilier sera propre a elle & aux siens, ait laissé trois enfans qui lui ont succédé chacun pour un tiers à la créance de cette reprise; à la mort du premier décédé desdits enfans, les deux qui restoient lui ont succédé, à l'exclusion de leur pere, chacun pour moitié, au tiers qu'ils avoient dans ladite reprise: à la mort du second, le pere, en convenant que le dernier resté des enfans doit succéder, à son exclusion, au tiers que le défunt tenoit de son chef de la succession de sa mere, est-il fondé à prétendre qu'il en doit être autrement de la portion que le défunt a eue de la succession du premier décédé des enfans, parce que la fiction doit être réputée consommée pour ce tiers, & par conséquent, le propre conventionnel doit être réputé éteint pour ce tiers? Cette prétention du pere n'est pas fondée: il est vrai que la fiction a eu une partie de son effet à la mort de l'enfant premier décédé, par rapport au tiers qui lui appartenoit dans le propre conventionnel, en y faisant succéder les deux enfans qui restoient à l'exclusion du pere; mais elle n'a pas eu tout son effet; elle n'aura tout son effet, & elle ne sera entiérement consommée, que lorsque le dernier resté des enfans y aura succédé; la fin que la femme s'est proposée en réalisant ce mobilier aux siens, étant de le conserver en entier à ses enfans, jusqu'à celui qui restera le dernier, & d'empêcher que le conjoint survivant n'y succedât, pour quelque portion que ce fût, au préjudice des enfans.

## *Du paiement.*

343. La créance pour la reprise du montant du mobilier réalisé, à laquelle la convention de réalisation, & les additions qu'on y a faites, ont donné la qualité de propre conventionnel, s'éteint, de même que toutes les créances, par le paiement, *solutione extinguitur obligatio.*

Le propre conventionnel, qui n'est autre chose qu'une qualité de cette créance, est donc éteint par le paiement qui est fait de cette créance; une qualité ne pouvant pas subsister, lorsque son sujet est détruit.

C'est pourquoi, si après la mort du conjoint qui a fait la stipulation de propre, il est intervenu un partage des biens de la communauté, entre les enfans & le conjoint survivant, & que les enfans aient, à ce partage, exercé la reprise dont ils étoient créanciers en leur qualité d'héritiers du conjoint prédécédé, & qu'ils en aient été payés, n'y ayant plus de créance de reprise, il n'y a plus de propre conventionnel.

C'est pourquoi, si depuis ce partage ces enfans meurent en majorité, le conjoint survivant, en sa qualité de leur héritier aux meubles & acquêts, leur y succédera entiérement, sans que les héritiers aux propres de la famille du conjoint prédécédé, qui a fait la stipulation portée au contrat de mariage, puissent prétendre dans les successions desdits enfans, la reprise du mobilier

mobilier compris en cette ſtipulation; la créance de cette repriſe, étant une choſe qui n'exiſte plus, & qui a été éteinte par le paiement qui en a été fait auxdits enfans. C'eſt le ſentiment de tous les Auteurs; & cela a été jugé par deux Arrêts, l'un du 16 Mai 1692; l'autre en 1749, rendu au profit de M. de Bomelle, qui ſont cités par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage.

344. Il en ſeroit autrement, ſi l'enfant qui a été payé de la repriſe du mobilier compris dans la ſtipulation de propre du conjoint prédécédé, étoit mort en minorité: car ſuivant l'article 49 de la Coutume de Paris, qui forme ſur ce point un droit commun pour les autres Coutumes, ayant été, lors de la réformation de cette Coutume, ajouté & formé ſur la Juriſprudence qui étoit établie alors; lorſqu'une rente propre appartenante à un mineur, lui a été rembourſée, ſi le mineur décede en minorité, les deniers provenus de ce rembourſement, ou le remploi qui en a été fait, repréſentent dans la ſucceſſion du mineur cette rente, & les héritiers aux propres qui y ſuccéderoient, ſi elle étoit en nature, ſuccedent aux deniers qui en ſont provenus. Par la même raiſon, lorſque le mineur qui a été payé de la repriſe de propre qui lui étoit due, meurt en minorité, les deniers provenus du paiement qui lui en a été fait, appartiennent à ſon héritier aux propres qui ſuccéderoit au propre conventionnel, s'il étoit encore en nature: car ce que la Coutume de Paris a ordonné, à l'égard des deniers provenus du rembourſement d'une rente propre, a été étendu à tous les autres propres, aux conventionnels comme aux autres: *cùm tantùmdem operetur fictio in caſu fictо, quantùm veritas in caſu vero.*

## *De la confuſion.*

345. Lorſque l'enfant créancier d'une repriſe, qui eſt un propre conventionnel du côté du conjoint prédécédé, devient héritier de l'autre conjoint qui en étoit le débiteur, il ſe fait confuſion & extinction de cette créance de repriſe, & par conſéquent du propre conventionnel, tant parce que les qualités de créancier & de débiteur ſont des qualités qui ſe détruiſent réciproquement lorſqu'elles concourent dans la même perſonne, que parce que la créance eſt cenſée payée & acquittée, l'enfant étant cenſé avoir trouvé, dans la ſucceſſion de ſon débiteur, de quoi en être payée; *aditio hereditatis pro ſolutione eſt.*

346. Ce principe ſouffre exception en deux cas. Le premier cas d'exception eſt, lorſque c'eſt par bénéfice d'inventaire que l'enfant créancier du propre conventionnel, eſt devenu héritier du conjoint, dernier mort, qui en étoit le débiteur; car l'effet du bénéfice d'inventaire, eſt d'empêcher la confuſion des droits de l'héritier, & de ceux de la ſucceſſion bénéficiaire, & par conſéquent d'empêcher l'extinction des créances de l'héritier, contre la ſucceſſion bénéficiaire, juſqu'à ce qu'il en ſoit payé ſur les biens de ladite ſucceſſion, par une liquidation faite avec les créanciers de ladite ſucceſſion. Voyez notre Introduction au Tit. 17 de la Coutume d'Orléans, *n.* 52.

347. Le ſecond cas d'exception, eſt lorſque l'enfant ayant été en mino-

rité héritier pur & ſimple du conjoint dernier décédé, débiteur du propre conventionnel, eſt mort en minorité ; en ce cas les héritiers qui auroient ſuccédé à ce propre, s'il ſe fût trouvé en nature dans la ſucceſſion de l'enfant, ſuccedent à cet enfant, ſuivant l'article 94 de la Coutume de Paris, ci-deſſus cité, au remploi du prix de ce propre, qu'ils ſont cenſés trouver dans ſa ſucceſſion ; les biens de la ſucceſſion du conjoint qui en a été le débiteur, dont l'enfant a été héritier, lui tenant lieu du remploi du prix de ce propre, juſqu'à due concurrence.

348. On ajoutoit un troiſieme cas d'exception ; ſçavoir, lorſqu'en fin de la ſtipulation portée au contrat de mariage, par laquelle l'un des futurs conjoints ſtipuloit que le ſurplus de ſon mobilier lui ſeroit propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, il étoit ajouté ; *& ſera réputé tel dans les ſucceſſions des enfans qui naîtront du mariage, nonobſtant toute confuſion & concours d'hérédités ſurvenus en leur perſonne.* Mais depuis que la nouvelle Juriſprudence établie par l'Arrêt de Réglement de 1762, rapporté *ſuprà*, *n.* 338, a établi que la créance de repriſe de propre qu'a l'enfant héritier du conjoint prédécédé, contre le conjoint ſurvivant, ne peut être, dans la ſucceſſion de cet enfant, réputée propre conventionnel, que contre la perſonne du conjoint ſurvivant avec qui la convention de propre a été faite, ou ceux qui ſeroient à ſes droits, & non contre les autres perſonnes de la famille de ce conjoint, qui viendroient de leur chef à la ſucceſſion de l'enfant : il ne peut plus avoir lieu dans le reſſort du Parlement de Paris aux queſtions de ſçavoir ſi l'enfant créancier de la repriſe, en recueillant la ſucceſſion du conjoint ſurvivant qui en étoit le débiteur, a fait confuſion de cette créance ; & ſi cette confuſion a été le propre conventionnel, de maniere que dans la ſucceſſion de l'enfant, les parens du côté du conjoint qui a fait la ſtipulation, ne puiſſe plus le prétendre contre ceux de la famille de l'autre conjoint. Car, ſuivant cette Juriſprudence, il ſuffit que le conjoint débiteur de cette repriſe, ſoit mort avant l'enfant, & ne puiſſe plus par conſéquent venir à ſa ſucceſſion, pour qu'il ne puiſſe plus y avoir de propre conventionnel dans la ſucceſſion de l'enfant, n'y ayant que lui à qui, ſuivant cette Juriſprudence, la convention de propre puiſſe être oppoſée. Néanmoins, comme il y a d'autres Parlemens dans le reſſort deſquels cette Juriſprudence peut n'être pas ſuivie, tout ce que nous avons dit ſur la confuſion, ne doit pas être regardé comme inutile.

## *Du tranſport.*

349. C'eſt un principe commum à tous les propres, de quelqu'eſpece qu'ils ſoient, aux conventionnels auſſi-bien qu'aux réels, que la qualité de propre n'eſt pas une qualité intrinſeque, mais une qualité purement extrinſeque & relative à la perſonne qui en eſt le propriétaire ; c'eſt pourquoi lorſque le propriétaire d'une choſe qui eſt en ſa perſonne un propre, ſoit réel, ſoit conventionnel, aliene cette choſe, la qualité de propre qu'avoit cette choſe, ſe perd entiérement, & s'évanouit par l'aliénation qu'il en fait.

En conſéquence, lorſque l'enfant à qui appartient une créance de repriſe, qui eſt en ſa perſonne un propre conventionnel, a aliéné cette créance par le tranſport qu'il en a fait à quelqu'un, cette créance, par l'aliénation qui en eſt faite, perd ſa qualité de propre conventionnel ; & les héritiers de cet enfant, du côté d'où elle procédoit, ne peuvent rien prétendre à cet égard dans la ſucceſſion de cet enfant, dans laquelle cette créance ne ſe trouve plus.

Ce principe ſouffre exception, dans le cas auquel l'enfant, qui a fait un tranſport de ſa créance propre conventionnel, meurt en minorité ; car en ce cas, les héritiers du côté d'où le propre procédoit, lui ſuccedent, ſuivant l'article 94 de la Coutume de Paris, aux deniers provenus du prix du tranſport qui en a été fait, ou au remploi d'iceux.

## ARTICLE V.

### *De la convention de ſéparation de dettes ; & de la clauſe de franc & quitte.*

350. Quoique la clauſe par laquelle dans un contrat de mariage, les pere & mere en mariant leur fils, le déclarent franc & quitte de dettes, ſoit une convention qui n'appartient pas proprement à la matiere de la communauté, & qui eſt très-différente de la convention de ſéparation de dettes, néanmoins comme quelques perſonnes les confondent quelquefois, nous avons cru qu'il étoit à propos qu'après avoir traité dans un premier paragraphe, de la convention de ſéparation de dettes, nous traitaſſions auſſi dans un ſecond, de la clauſe de franc & quitte, afin de faire mieux connoître le rapport qu'ont entr'elles ces deux clauſes, & leurs différences.

### §. I.

#### *De la convention de ſéparation de dettes.*

351. La convention de ſéparation de dettes, eſt une convention par laquelle les parties conviennent par leur contrat de mariage, que leur communauté ne ſera point chargée des dettes que chacune d'elles a contractées avant le mariage.

Cette convention ſe fait ordinairement en ces termes : *Chacun des futurs conjoints acquittera ſéparément ſes dettes faites auparavant le mariage* : elle peut ſe faire par quelqu'autres termes que ce ſoit.

352. C'eſt une queſtion, ſi lorſque les conjoints ont, par leur contrat de mariage, apporté chacun une ſomme certaine, ou quelque corps certain, pour en compoſer leur communauté ; leurs dettes antérieures au mariage doivent être, par cela ſeul, cenſées excluſes de la communauté, ſans qu'il ſoit beſoin d'une convention expreſſe de ſéparation de dettes. C'eſt l'avis de la Thaumaſſieres, dans ſes queſtions ſur la Coutume du Berri. Je le crois conforme aux principes. Si les Coutumes chargent la communauté des dettes

mobiliaires de chacun des conjoints antérieures au mariage, c'eſt qu'elles y font entrer l'univerſalité de leurs biens mobiliers, dont, ſuivant les principes de l'ancien Droit François, les dettes mobiliaires ſont une charge; mais lorſque les conjoints ont compoſé autrement leur communauté conventionnelle, & qu'au lieu d'y apporter l'univerſalité de leurs biens mobiliers, ils n'y ont apporté chacun qu'une ſomme certaine, ou des corps certains pour la compoſer, on doit par une raiſon contraire décider, que cette communauté ne doit pas être chargée de leurs dettes antérieurs au mariage; car les dettes ne ſont charges que d'une univerſalité de biens, & non de choſes certaines, ou de ſommes certaines: *æs alienum univerſi patrimonii, non certarum rerum onus eſt*: *Doctores ad L.* 50, §. 1, ff. *de judic.*

Cela doit ſur-tout avoir lieu, lorſque les futurs conjoints ont fait chacun un apport égal; comme lorſqu'il eſt dit, que pour compoſer la communauté, les futurs conjoints y apporteront chacun une ſomme de dix mille livres, cette ſomme de dix mille livres que chacun promet apporter, doit être entendue d'une ſomme de dix mille livres effective, *de net & toutes dettes payées*; car la communauté conventionnelle à laquelle chacun des conjoints apporte une ſomme égale, eſt de la claſſe des contrats commutatifs, de la nature deſquels il eſt que les contractans s'y propoſent l'égalité, & que chacun d'eux ait intention d'y recevoir autant qu'il donne; mais cette égalité, que les futurs conjoints ſont préſumés s'être propoſée, ſeroit entiérement renverſée, ſi pendant que celui des conjoints qui ne doit rien, y apporteroit dix mille livres effectifs, celui qui doit beaucoup, en apportant ſes dettes avec la ſomme de dix mille livres qu'il a promis d'apporter, n'y apportoit rien, ou preſque rien d'effectif.

Nonobſtant ces raiſons, Lebrun, *Liv.* 2, *ch* 3, *n.* 6, eſt d'avis contraire; & il entreprend réfuter l'opinion de la Thaumaſſieres. Les raiſonnemens qu'il emploie pour cela me paroiſſent mauvais, & ne renfermer que des pétitions de principe. Il dit en premier lieu, *que l'apport ne regle point les dettes, ni les dettes ne reglent point l'apport*: on ne ſçait pas trop ce qu'il veut dire; mais s'il veut dire que pour régler ſi la communauté doit être chargée des dettes des conjoints antérieurs au mariage, on ne doit pas conſidérer de quoi l'apport de chacun des conjoints eſt compoſé; ſi c'eſt d'une univerſalité de biens, qui eſt une choſe qui renferme la charge des dettes; ou ſi c'eſt d'une ſomme certaine, ou d'un corps certain, qui ſont des choſes qui ne renferment pas cette charge, c'eſt poſer pour principe ce qui fait préciſément l'objet de la queſtion, & par conſéquent une pétition de principe.

Il dit, en ſecond lieu, *que toutes les dettes mobiliaires, en quelque temps qu'elles ſoient créées, ſont à la charge de la communauté, s'il n'y a convention contraire*; c'eſt encore une pétition de principe: car c'eſt préciſément ce ce qui eſt en queſtion, ſi une communauté dans laquelle les conjoints n'ont apporté chacun qu'une ſomme certaine, & non l'univerſalité de leur mobilier, eſt chargée de leurs dettes mobiliaires antérieures au mariage, quoiqu'il n'y ait pas de convention expreſſe qui les exclue.

Il dit, en troiſieme lieu, que l'*apport égal n'empêche pas qu'il n'y ait ordinairement, entre les conjoints, une induſtrie inégale, & des dettes inégales*,

*qui ne ſont point cenſées rompre l'égalité de cet apport.* Il veut dire, que lorſque deux conjoints promettent chacun apporter une ſomme égale, *putà* une ſomme de dix mille livres chacun, quoique l'un d'eux charge la communauté plus que l'autre, par ſes dettes, il eſt néanmoins vrai de dire, que quant à la ſomme qu'ils ont promis chacun d'apporter, ils ont fait un apport égal, puiſque c'eſt une même ſomme de part & d'autre : de même que lorſque l'un d'eux a plus d'induſtrie, quoique par ſon induſtrie il apporte réellement plus que l'autre, l'apport eſt cenſé égal lorſqu'ils apportent une ſomme égale. Je réponds, que l'inégalité d'induſtrie eſt mal-à-propos comparée avec l'inégalité de dettes.

Lorſque deux conjoints promettent d'apporter chacun à la communauté une certaine ſomme, *putà*, de dix mille livres, il n'eſt pas queſtion entr'eux de leur induſtrie ; chacun s'oblige d'apporter une ſomme effective de dix mille livres ; & celui qui a le moins d'induſtrie, ne ſatisfait pas moins à ſon obligation, que celui qui en a davantage, en apportant, comme lui, une ſomme effective de dix mille livres qu'il a de net, toutes dettes payées : mais lorſque deux futurs conjoints, dont l'un doit beaucoup, & l'autre ne doit rien, ont promis chacun d'apporter une ſomme de dix mille livres, celui qui doit beaucoup, en apportant une ſomme de dix mille livres, avec la charge de ſes dettes, qui montent, *putà* à huit mille livres, ne fait pas un apport auſſi effectif de la ſomme de dix mille livres, qu'il a promis d'apporter, que celui qui apporte une ſomme de dix mille livres, ſur laquelle il ne doit rien : car il n'apporte réellement & effectivement que deux mille livres ; il n'apporte pas d'une maniere effective les huit mille livres, qu'il n'apporte à la communauté que pour les en faire ſortir pour payer ſes dettes.

Nous avons deux principales queſtions ſur la convention de ſéparation de dettes. La premiere, eſt de ſçavoir quelles ſont les dettes compriſes dans cette convention ; la ſeconde, quel eſt l'effet de cette convention, tant à l'égard des conjoints entr'eux, que vis-à-vis leurs créanciers.

## Premiere Queſtion.

### *Quelles ſont les dettes compriſes dans la convention de ſéparation de dettes.*

353. Les dettes compriſes dans la convention de ſéparation de dettes, ſont les dettes des conjoints qui ſont antérieures au mariage.

La convention comprend non ſeulement les dettes dont chacun des conjoints étoit débiteur envers des tiers ; mais pareillement celles dont l'un des conjoints étoit débiteur envers l'autre. Par exemple, ſi Pierre épouſe Marie, qui étoit ſa débitrice d'une ſomme de cinq cents livres, s'il n'y a ni réaliſation de la créance de Pierre, ni ſéparation de dettes, cette dette entrant en communauté, tant en actif que paſſif, il s'en fera confuſion & extinction entiere ; s'il y a ſéparation de dettes, il ne ſe fera pas de confuſion de cette dette, ſi ce n'eſt lors de la diſſolution de communauté, pour la

moitié qu'auront dans les biens de la communauté Marie ou ſes héritiers, leſquels continueront d'être débiteurs de l'autre moitié de la dette envers Pierre ou ſes héritiers : ſi Marie renonce à la communauté, elle continuera d'en être débitrice pour le total.

*Vice verſâ.* Si c'étoit Pierre qui fût débiteur de cette ſomme envers Marie, lorſqu'il l'a épouſée, la ſéparation de dettes aura cet effet, que lors de la diſſolution de communauté, Pierre continuera d'en être débiteur envers Marie & ſes héritiers, pour la part qu'ils auront dans la communauté. Si Marie, en vertu d'une clauſe de ſon contrat de mariage, reprenoit ſon apport, en renonçant à la communauté, Pierre continueroit d'être débiteur envers elle de cette ſomme pour le total.

354. Les dettes antérieures au mariage qui ſont excluſes de la communauté par la convention de ſéparation de dettes, ſont celles que chacun des conjoints a contractées avant le mariage.

Delà il ſuit, qu'une dette que l'un des conjoints a contractée avant le mariage, quoique ſous une condition qui n'a été accomplie que depuis le mariage, eſt compriſe dans la ſéparation de dettes.

A plus forte raiſon, celle qui a été contractée ſans condition avant le mariage, doit-elle y être compriſe, quoique le terme du paiement ne ſoit arrivé que depuis le mariage.

355. Par la même raiſon, les dettes contractées avant le mariage, ſont compriſes dans la ſéparation de dettes, quoiqu'elles n'aient été liquidées que depuis le mariage.

En conſéquence, lorſque l'un des conjoints a été condamné, durant le mariage, en une certaine ſomme envers quelqu'un, pour réparation civile d'un délit commis avant le mariage, cette réparation adjugée par la Sentence, quoique rendue durant le mariage, eſt compriſe dans la convention de ſéparation de dettes : car c'eſt une dette antérieure au mariage; la Sentence n'a fait que la liquider; elle a été contractée par le délit commis avant le mariage.

356. Il y a plus de difficulté à l'égard de l'amende en laquelle l'un des conjoints a été condamné, durat le mariage, pour un délit commis auparavant le mariage : car ce n'eſt que par la Sentence de condamnation qu'il devient débiteur de l'amende; d'où il ſemble ſuivre, que cette dette n'eſt pas antérieure au mariage, ni par conſéquent compriſe en la convention de ſéparation de dettes; néanmoins Lebrun décide qu'elle y eſt compriſe : on peut dire, en faveur de ſon ſentiment, que la dette de l'amende en laquelle le conjoint a été condamné durant le mariage, pour un délit commis avant le mariage, avoit dans ce délit un germe antérieur au mariage; ce germe auroit avorté, ſi le conjoint fût mort avant qu'il fût intervenu aucune condamnation contre lui; mais celle qui eſt intervenue, a fait éclorre ce germe; & c'eſt à raiſon de ce germe antérieur au mariage, que la dette de cette amende peut être regardée comme ayant un commencement antérieur au mariage, & par conſéquent comme une dette antérieure au mariage, compriſe dans la convention de ſéparation de dettes.

357. Lorſqu'un homme a entrepris & commencé, avant le mariage, un

procès qui a duré depuis le mariage, & sur lequel est intervenu, durant le mariage, un Jugement qui l'a condamné aux dépens, la dette des dépens faits par sa partie depuis le mariage, qu'il est condamné de lui rembourser, est-elle comprise dans la convention de séparation de dettes? La raison de douter, est que cet homme n'ayant pu être débiteur du remboursement des dépens faits par sa partie envers qui il a été condamné, avant que ces dépens aient été faits, la dette de ceux qui n'ont été faits que depuis le mariage, ne peut être antérieure au mariage. La raison de décider que cette dette doit être regardée comme une dette antérieure au mariage, & comprise en conséquence dans la convention de séparation de dettes, est que quoique la dette ne soit née que durant le mariage, elle est née d'une cause antérieure au mariage, qui est la téméraire contestation que cet homme a formée en entreprenant le procès; ce qui suffit pour que cette dette soit regardée comme antérieure au mariage, comprise dans la clause de séparation de dettes.

Il en est de même de la dette des dépens qu'il doit à son Procureur; la dette même de ceux qui n'ont été faits que depuis le mariage, est une dette antérieure au mariage, ayant pour cause le mandat qu'il a donné à son Procureur, de poursuivre le procès lorsqu'il l'a entrepris.

*Quid*; Si depuis le mariage, pendant le cours du procès, il avoit changé de Procureur? La dette des dépens faits par ce nouveau Procureur, quoique procédante d'un mandat contracté durant le mariage, ayant pour cause originaire le procès entrepris auparavant le mariage, peut être considérée comme une dette dont la cause est antérieure au mariage; & par conséquent comme une dette antérieure au mariage, comprise dans la convention de séparation de dettes; autrement il seroit au pouvoir du mari, en changeant de Procureur, de faire supporter à sa communauté les frais d'un procès dans lequel il étoit engagé avant son mariage.

Observez qu'il n'y a que les dépens faits sur les contestations formées avant le mariage, qui soient compris dans la convention de séparation de dettes; mais si depuis le mariage, pendant le cours du procès, le mari a formé des demandes incidentes, ou s'il en a été formé contre lui, les dépens faits sur ces demandes incidentes, auxquels il aura été condamné, aussi-bien que ceux faits par son Procureur, sont à la charge de la communauté.

Lorsque c'est la femme qui étoit engagée dans un procès avant son mariage; si le mari a repris l'instance, il n'y aura que les dépens faits avant le mariage, qui seront compris dans la séparation de dettes; la dette des dépens faits depuis la reprise d'instance, auxquels le mari a été condamné, aussi-bien que celle de ceux faits par son Procureur, qui a repris pour lui, sont dettes de la communauté, ayant été contractées durant la communauté par la reprise d'instance.

Mais si, sur le refus du mari de reprendre l'instance, la femme a été autorisée par le Juge à poursuivre le procès, la communauté ne sera pas tenue des condamnations qui pourroient intervenir contr'elle, suivant les principes établis *infrà*, *p.* 2.

358. Si pour gratifier un Hôpital, j'ai donné ordre, avant mon maria-

ge, à un Entrepreneur de conſtruire à mes dépens un bâtiment dont cet Hôpital avoit beſoin ; quoique le bâtiment n'ait été conſtruit que depuis mon mariage, le prix que j'en dois à cet Entrepreneur, eſt compris dans la convention de ſéparation de dettes : car cette dette procédant de la convention que j'ai eue avec l'Entrepreneur avant mon mariage, a une cauſe antérieure au mariage.

Mais ſi depuis mon mariage, il avoit fait de mon ordre des augmentations, le prix de ces augmentations ſeroit une dette de la communauté, l'ordre pour les faire ayant été donné pendant la communauté.

359. Si dès avant mon mariage j'étois chargé d'une tutelle ou de quelqu'autre adminiſtration publique ou particuliere, que j'ai continuée depuis mon mariage, le reliquat de mon compte ne ſera cenſé compris dans la ſéparation de dettes, que pour raiſon des articles dont j'étois débiteur avant mon mariage ; mais ce que je dois pour raiſon de ce que j'ai reçu depuis mon mariage, ou par les fautes que j'ai commiſes dans ma geſtion depuis mon mariage, eſt une dette de communauté.

360. Quoique les dettes mobiliaires de chacun des conjoints antérieures au mariage ſoient, par la convention de ſéparation de dettes, excluſes de la communauté, les intérêts de ces dettes, de même que les arrérages des rentes, ſoit foncieres, ſoit conſtituées, ſoit perpétuelles, ſoit viageres, dûes par chacun des conjoints, quoique conſtituées avant le mariage, ſont pour tout le temps que leſdits intérêts & arrérages ont couru depuis le mariage & durant la communauté, des charges de la communauté, comme étant leſdits intérêts & arrérages les charges naturelles des revenus des biens de chacun des conjoints, leſquels tombent dans la communauté, & que leſdits intérêts & arrérages diminuent de plein droit ; car on n'a de revenu effectif que ce qui reſte, déduction faite des intérêts & arrérages qu'on doit.

A l'égard des intérêts & arrérages courus avant le mariage, juſqu'au jour du mariage, ils ſont compris dans la convention de ſéparation de dettes, & la communauté n'en eſt pas chargée, non plus que de ceux qui courent depuis la diſſolution de la communauté : on compte pour cela leſdits intérêts & arrérages de jour à jour.

Ceux courus depuis le mariage & pendant que la communauté a duré, ſont tellement une charge de la communauté, que Lebrun, L. 2, *ch.* 3, *ſect.* 4, *n.* 10, a été juſqu'à dire qu'ils n'en pourroient pas être exclus, même par une convention expreſſe portée au contrat de mariage : mais je crois qu'il va trop loin ; quoique cette convention ſoit inſolite, je ne vois rien qui l'empêche d'être valable.

Quoique les intérêts & arrérages courus durant le mariage, ſoient cenſés n'avoir pas été compris dans la convention de ſéparation de dettes, parce qu'ils ſont une charge des revenus, néanmoins la communauté en eſt entiérement chargée, quand même ils excéderoient les revenus. Il ſuffit pour cela que les parties qui en ſe mariant n'en ont pas fait une balance avec les revenus, ſoient cenſées n'avoir pas eu intention de les comprendre dans leur convention de ſéparation de dettes.

QUESTION

## Question II.

*Quel eſt l'effet de la convention de ſéparation de dettes, tant à l'égard des conjoints entr'eux, que vis-à-vis leurs créanciers.*

361. L'effet qu'a la convention de ſéparation de dettes, à l'égard des conjoints entr'eux, eſt que ſi les dettes excluſes de la communauté, par cette convention, ont été acquittées des deniers de la communauté, le conjoint qui en étoit débiteur, ou ſes héritiers, en doivent récompenſe à la communauté, lors de ſa diſſolution. Nous traiterons de cette recompenſe, *infrà*, *p.* 4.

362. A l'égard des créanciers, la convention de ſéparation de dettes ne peut empêcher les créanciers de la femme de demander au mari, durant la communauté, le paiement des dettes de la femme, quoiqu'excluſes de la communauté, à moins qu'il ne ſoit en état de leur repréſenter un inventaire des biens mobiliers de ſa femme qui lui ſont parvenus, & de leur en compter.

C'eſt la diſpoſition de l'*art.* 222. de la Coutume de Paris, qui eſt conçu en ces termes: » Et combien qu'il ſoit convenu entre deux conjoints qu'ils » payeront ſéparément leurs dettes faites auparavant le mariage, ce néan- » moins il en ſeront tenus, s'il n'y a inventaire préalablement fait; auquel » cas ils demeurent quittes, repréſentant l'inventaire ou l'eſtimation d'icelui.«

Cette diſpoſition a été copiée dans les mêmes termes dans notre Coutume d'Orléans, en l'article 212: elle doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées, ayant été inſérée dans la Coutume de Paris, lors de ſa réformation, & formée ſur la Juriſprudence qui s'obſervoit alors.

333. La Coutume exige deux choſes du mari, pour qu'il puiſſe ſe diſpenſer du paiement des dettes de ſa femme, antérieures à ſon mariage, quoiqu'excluſes de la communauté par une convention de ſéparation de dettes. 1°. Elle exige qu'il ait fait un inventaire des biens mobiliers de ſa femme, qu'elle lui a apportés en mariage.

Le futur conjoint doit faire cet inventaire avec ſa future femme avant le mariage. C'eſt ce qui réſulte de ces termes, *s'il n'y a inventaire* PRÉALABLEMENT *fait.*

Il doit être fait pardevant Notaire; ou s'il a été fait ſous les ſignatures-privées des parties, il faut qu'il ait été reconnu par acte devant Notaires, avant la célébration du mariage, pour en rendre la date certaine.

Lorſque le contrat contient par détail les biens mobiliers que la femme apporte en mariage, il tient lieu de cet inventaire.

Le compte rendu à la femme, quoique depuis le mariage, peut tenir lieu de cet inventaire, lorſque celui qui lui rend compte, a adminiſtré ſes biens juſqu'au temps de ſon mariage.

Le mari doit comprendre dans cet inventaire tous les effets mobiliers que la femme a apportés en mariage, ſans aucune exception, tant ceux qu'elle a mis en communauté, que ceux qu'elle a réaliſés par une ſtipulation de propre.

Il y a quelque choſe de particulier pour le cas auquel une veuve débitrice d'un compte de tutelle envers ſes enfans d'un premier mariage, con-

tracte un ſecond mariage, avec une convention de ſéparation de dettes. Par Arrêt de Réglement, du 14 Mars 1731, la Cour a ordonné qu'en ce cas, ſoit qu'il y ait communauté ſtipulée (avec la clauſe de ſéparation de dettes), ſoit qu'il y ait excluſion de communauté, l'inventaire ne ſera réputé valable, s'il n'eſt fait avant la célébration du mariage, devant Notaires, & en préſence d'un tuteur nommé pour cet effet par le Juge, ſur un avis de parens, aux enfans à qui le compte eſt dû; faute de l'obſervation de ces formalités, le ſecond mari eſt tenu ſolidairement avec ſa femme, du compte de tutelle envers les enfans, nonobſtant la clauſe de ſéparation de dettes, ou même d'excluſion de communauté, ſauf ſon recours contre ſa femme.

364. La ſeconde choſe que la Coutume exige, eſt que, ſur la demande des créanciers de la femme, il leur repréſente l'inventaire, ou l'eſtimation d'icelui : elle dit ; *Il demeure quitte, repréſentant l'inventaire, ou l'eſtimation d'icelui*, c'eſt-à-dire, qu'il doit abandonner auxdits créanciers les effets compris dans l'inventaire qu'il doit leur repréſenter, qui ſe trouvent en nature, pour par leſdits créanciers ſe venger ſur leſdits effets pour le paiement de leurs créances ; & à l'égard des effets compris audit inventaire, qui ne ſe trouvent plus en nature, il doit leur compter du prix qu'il en a reçu, ou dû recevoir, & de l'emploi qu'il en a fait pour le paiement des dettes de ſa femme ; & s'il lui reſte quelque choſe du prix deſdits meubles entre les mains, il doit le leur remettre.

Il n'importe que leſdits effets aient été réaliſés par une ſtipulation de propre : le mari ne doit pas moins les repréſenter aux créanciers, s'ils ſe trouvent en nature, ou compter du prix, s'ils ne ſe trouvent pas ; la réaliſation qui en a été faite, n'a aucun effet vis-à-vis les créanciers, & elle n'empêche pas qu'ils ne puiſſent être ſaiſis & exécutés, comme toute autre eſpece de meuble.

Il n'importe auſſi qu'ils aient été apportés ſous le nom de dot, & qu'il ne reſte aucuns autres biens de la femme pour ſoutenir les charges du mariage ; car la Coutume ne fait aucune diſtinction.

Le mari doit auſſi compter aux créanciers des biens mobiliers qui ſeroient échus à ſa femme depuis le mariage, de même que de ceux compris en l'inventaire.

A l'égard des fruits des biens de la femme que le mari a perçus durant le mariage, juſqu'à la demande des créanciers, il n'eſt pas obligé de leur en compter, étant cenſé les avoir conſommés de bonne foi *ad ſuſtinenda onera matrimonii*.

363. Il reſte à obſerver que ce n'eſt que pendant que la communauté dure, que le mari peut être pourſuivi pour les dettes de ſa femme, quoiqu'excluſes de la communauté par une convention de ſéparation de dettes, faute de rapporter un inventaire : après la diſſolution de communauté, les créanciers de la femme ne peuvent plus demander au mari le paiement de leurs créances ; ils n'ont contre lui que la voie de la ſaiſie & arrêt de ce qu'il pourroit devoir à la femme, leur débitrice.

## §. I I.

### *De la clauſe de franc & quitte.*

365. La clauſe de franc & quitte, eſt une convention par laquelle les parens de l'un des futurs conjoints ſe font forts envers l'autre, qu'il n'a pas de dettes.

C'eſt ordinairement les parens de l'homme, qui ſe font forts qu'il eſt franc & quitte de dettes.

Ils s'obligent par cette convention envers la femme *in id quanti ejus intereſt*, que l'homme ſe ſoit trouvé tel qu'ils l'ont aſſuré, c'eſt-à-dire, exempt de dettes; & en conſéquence, dans les cas où il ne ſe ſeroit pas trouvé tel, à indemniſer la femme du préjudice que lui auroient cauſé les dettes de ſon mari antérieures au mariage.

366. Leſdites dettes peuvent cauſer deux eſpeces de préjudice à la femme; le premier & le principal, eſt par rapport à ſa dot, ſon douaire & ſes autres conventions matrimoniales, en cas d'inſolvabilité de ſon mari, ſur les biens duquel elle ne ſeroit pas pour ſes créances utilement colloquée pour une auſſi grande ſomme que celle pour laquelle elle l'eût été, ſans leſdites dettes.

La ſeconde eſpece de préjudice que leſdites dettes peuvent cauſer à la femme, eſt celui qui réſulte de ce que ſa part en la communauté auroit été meilleure, ſi elle n'eût pas été diminuée par leſdites dettes.

C'eſt une queſtion entre les Auteurs, ſi lorſque des parens, en mariant leur fils, l'ont déclaré franc & quitte de dettes, ils doivent être cenſés s'être obligés envers la femme de l'indemniſer de ces deux eſpeces de préjudice, ou ſeulement de celui de la premiere eſpece.

Renuſſon, *Traité de la Communauté, p. 1, ch. 11, n. 36*, croit que cette clauſe renferme l'obligation d'indemniſer la femme de ces deux eſpeces de préjudices.

Au contraire, Lebrun en ſon Traité de la Communauté, *liv. 2, chap. 3, ſect. 3, n 41 & 42*, penſe que cette convention ne s'étend pas à l'eſpece de préjudice que la femme pourroit ſouffrir par rapport à la communauté, & que les parties dans cette convention ſont cenſées n'avoir d'autre objet, que d'indemniſer la femme du préjudice que les dettes antérieures au mariage pourroient apporter à l'acquittement de ſes créances.

L'opinion de Lebrun paroît être celle qui eſt ſuivie dans l'uſage; & les pere & mere, qui en mariant leur fils, le déclarent franc & quitte de dettes, ne contractent d'autre obligation que celle d'indemniſer la femme de la ſomme pour laquelle les dettes du mari antérieures au mariage, empêcheroient qu'elle ne pût être utilement colloquée ſur les biens de ſondit mari pour le paiement de ſes créances.

367. C'eſt ce qui s'éclaircira par les exemples ſuivans.

*Premier exemple.* Je ſuppoſe qu'après la diſſolution de communauté, les biens du mari ont été diſcutés; le prix des meubles, qui étoient en petite

quantité, n'a servi qu'à payer les dettes privilégiées, comme celles du maître d'hôtel, *&c.* Le prix des immeubles, déduction faite des frais, monte à 20000 liv. il s'est trouvé pour 25000 liv. de créances hypothécaires antérieures au mariage; au moyen de quoi la femme, créancière de 40000 liv. n'a pu rien toucher de la somme de 20000 liv. qu'elle eût touché, s'il n'y avoit pas eu de dettes antérieures au mariage; elles lui causent donc un préjudice de 20000 liv. Les parens qui ont déclaré son mari franc & quitte, doivent donc, pour indemniser la femme, lui payer la somme de 20000 livres, à laquelle monte le préjudice que les dettes antérieures lui causent.

*Second exemple.* Je suppose à présent, que les biens du mari, qu'on a déclaré franc & quitte, ne consistent qu'en mobilier, & que le mari est domicilié sous une Coutume où les meubles ne sont pas susceptibles d'hypotheque, & où en conséquence le prix s'en distribue au sol la livre entre tous les créanciers; je suppose que le mobilier, déduction faite des frais & dettes privilégiées, n'a produit que 10000 liv. sur quoi il y a pour 100000 liv. de dettes à payer; sçavoir, 40000 liv. pour les créances de la femme; 40000 liv. pour dettes postérieures au mariage; & pour dettes antérieures au mariage, 20000 livres: les créanciers antérieurs au mariage ont été colloqués pour 20000 livres; sans ces créances, il y auroit eu 2000 liv. à distribuer entre la femme qui en auroit eu 1000 livres, & les créanciers postérieurs au mariage qui auroient eu les autres 1000 livres; les créanciers antérieurs au mariage font donc en ce cas un préjudice de 1000 liv. à la femme; & les parens qui l'ont déclaré franc & quitte, doivent en conséquence payer à la femme une somme de 1000. liv. pour l'en indemniser.

Observez que dans la distribution du mobilier de l'homme, qu'on a déclaré franc & quitte de dettes, on ne doit pas ordinairement parmi les dettes de l'homme antérieures au mariage, dont la femme doit être garantie, comprendre ses dettes chirographaires; leur date ne pouvant faire contre des tiers une foi suffisante du temps auquel elles ont été contractées: *Traité des Oblig. n.* 749.

368. Lorsque la femme après la dissolution de la communauté, a trouvé dans les biens de son mari de quoi être payée entiérement de ses créances, l'obligation des parens du mari qui l'ont déclaré franc & quitte de dettes, demeure par-là acquittée.

Il ne suffit pas pour cela que sa dot lui ait été entiérement restituée; il faut qu'elle ait été entiérement payée de toutes ses conventions, & généralement de toutes les créances qu'elle a contre son mari.

369. Lebrun, *l.* 3, *chap.* 2, *s.* 2, *d.* 6, *n.* 19, en excepte la créance que la femme a contre son mari pour son indemnité des obligations qu'elle a contractées pour lui durant le mariage. J'aurois de la peine à admettre cette exception; les parens déclarant leur fils franc & quitte, s'obligent envers la femme *in id quanti ejus interest*, que son mari ait été tel qu'on le lui a déclaré: or, l'intérêt qu'a la femme que son mari ait été tel, ne s'étend pas moins à son indemnité, qu'à ses autres créances, ayant intérêt que les dettes antérieures de son mari ne l'empêchent pas de trouver dans les biens de son mari de quoi se payer de ses créances d'indemnité, aussi-bien que des autres.

On oppoſe que la femme n'eſt pas recevable à ſe plaindre de n'avoir pu être payée ſur les biens de ſon mari de ſa créance pour ſon indemnité ; que c'eſt par ſa faute qu'elle ſouffre cette perte ; qu'ayant été en ſon pouvoir de ne ſe pas obliger pour ſon mari, elle doit s'imputer de l'avoir fait : la femme répond à cela, qu'elle ne s'eſt obligée pour ſon mari que parce qu'elle comptoit pouvoir en être indemniſée ſur le bien de ſon mari, qu'elle croyoit franc & quitte de dettes antérieures au mariage, comme on le lui avoit aſſuré ; que ce ſont ceux qui le lui ont aſſuré, qui l'ont induite en erreur, & qui doivent être par conſéquent obligés de l'indemniſer du préjudice que les dettes antérieures de ſon mari lui ont cauſé, en empêchant qu'elle n'ait pu être payée ſur les biens de ſon mari ſur leſquels elle comptoit, & ſur leſquels elle eût effectivement trouvé de quoi être payée, ſans leſdites dettes.

Les autres moyens que Lebrun emploie pour fonder ſon opinion, ne ſont pas meilleurs. *La raiſon eſt*, dit-il, *que par cette clauſe l'aſcendant ne garantit les conventions de la femme de ſon fils, que contre les dettes antérieures au mariage, non contre les poſtérieures.*

La réponſe eſt, qu'on convient que les parens qui ont déclaré leur fils franc de dettes, ne garantiſſent par cette clauſe la femme que des dettes de ſon mari antérieures au mariage, & qu'en conſéquence, s'il ne s'en trouve aucune, ils ont rempli leur obligation, & ils ne ſont point tenus en ce cas de la perte que la femme a ſoufferte en s'obligeant pour ſon mari, pour des dettes poſtérieures à ſon mariage ; mais en garantiſſant la femme des dettes de ſon mari antérieures au mariage, ils s'obligent de l'indemniſer de tout le préjudice que leſdites dettes antérieures au mariage lui ont cauſé, en empêchant qu'elle ne pût être payée ſur les biens de ſon mari de ſon indemnité pour les obligations qu'elle a contractées pour ſon mari depuis le mariage.

Le ſecond moyen de Lebrun, eſt de dire, *qu'il ſeroit au pouvoir des conjoints de ruiner l'aſcendant.* Cela eſt faux ; car quoique le mari puiſſe depuis ſon mariage contracter des dettes immenſes, & que la femme puiſſe s'obliger pour lui, pour des dettes immenſes, les parens du mari qui l'ont déclaré franc & quitte, ne feront pas néanmoins par cette clauſe, obligés *in immenſum*, ne pouvant l'être que juſqu'à concurrence du montant des dettes antérieures au mariage, & de la ſomme pour laquelle les créanciers antérieurs au mariage auront été utilement colloqués ſur les biens du mari.

370. Il réſulte de tout ce que nous venons de dire de la clauſe par laquelle les parens de l'homme le déclarent franc & quitte de dettes, que cette convention eſt entiérement différente de la convention de ſéparation de dettes.

1°. La convention de ſéparation de dettes, eſt une convention qui intervient entre les deux futurs conjoints : au contraire, la clauſe de franc & quitte, eſt une convention qui n'intervient pas entre les futurs conjoints, mais qui n'intervient qu'entre la femme & les parens de l'homme qui le déclarent franc & quitte ; il n'y a par cette convention que leſdits parens qui contractent une obligation envers la femme ; l'homme qui eſt marié franc

& quitte, n'en contracte aucune, & n'eſt pas cenſé partie à la convention.

371. 2°. La convention de ſéparation de dettes concerne la communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints; elle a pour objet d'en exclure la charge de leurs dettes antérieures au mariage; chacun d'eux s'oblige réciproquement d'indemniſer la communauté de ce qui en ſeroit tiré pour payer les dettes antérieures au mariage.

Au contraire, la clauſe par laquelle les parens du futur conjoint le déclarent franc & quitte, ne concerne pas la communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints; elle peut intervenir dans un contrat de mariage par lequel il y auroit excluſion de communauté; & lorſqu'il y a communauté, cette clauſe n'a pas pour objet d'exclure de la communauté la charge des dettes du futur conjoint antérieures au mariage; ſon unique objet eſt, que leſdites dettes n'empêchent pas la femme de pouvoir être payée ſur les biens de ſon mari, comme nous l'avons expliqué.

372. La clauſe par laquelle les parens déclarent leur fils franc & quitte, eſt auſſi très-différente de celle par laquelle les parens promettroient de payer ſes dettes antérieures au mariage & de l'en acquitter; car par la clauſe par laquelle les parens déclarent leur fils franc & quitte, ils ne s'obligent pas de payer ſes dettes, mais ſeulement d'indemniſer la femme de ce qu'elle a manqué de toucher par le paiement de ſes créances ſur les biens de ſon mari, par rapport aux créanciers antérieurs de ſon mari, qui ont été colloqués avant elle; ſi le mari n'avoit laiſſé aucuns biens, ſur leſquels la femme eut pû être payée, quand même il n'y auroit pas eu de créances antérieures aux ſiennes, les parens du mari qui l'ont déclaré franc & quitte de dettes, ne ſeront tenus de rien envers la femme.

En cela, cette clauſe eſt très-différente de celle par laquelle les parents du mari ſe ſeroient rendus cautions envers la femme, de la reſtitution de la dot & de ſes conventions matrimoniales; car par ce cautionnement, les parents s'obligent envers la femme de la payer entiérement de ce dont elle n'aura pu être payée ſur les biens de ſon mari; au-lieu que par la clauſe de franc & quitte, ils ne s'obligent de la payer que juſqu'à concurrence de la ſomme pour laquelle les créanciers du mari antérieurs au mariage auront été utilement colloqués ſur les biens du mari.

373. Lorſque ce ſont les parens de la fille qui déclarent, en la mariant, qu'elle eſt franche & quitte de dettes (ce qui arrive très-rarement) ſi par le contrat de mariage, la fille avoit fait donation à ſon mari, en cas de ſurvie, d'une certaine ſomme à prendre ſur ſes biens, la clauſe pourroit s'entendre de la même maniere, en ce ſens, que les parens de la fille s'obligeroient par cette clauſe d'indemniſer le mari de ce dont les créanciers de ſa femme antérieurs au mariage, qui auroient été utilement colloqués ſur les biens de ſa femme, auroient empêché qu'il n'eût pu être payé ſur leſdits biens, de la ſomme compriſe en la donation qui lui a été faite par ſa femme.

Mais lorſque la femme qu'on a déclarée être franche & quitte de dettes, n'a fait aucune donation à ſon mari, le mari ne pouvant en ce cas avoir aucune créance à exercer contre ſa femme, le mari ne peut avoir en

ce cas d'autre intérêt que ſa femme ſoit franche & quitte de dettes, que celui qu'il a que les dettes de ſa femme antérieures au mariage ne diminuent pas ſa communauté par les ſommes qu'il en faudroit tirer, pour les acquitter tant en principaux qu'intérêts : les parens de la fille s'obligent donc par cette convention envers ſon mari, à payer à la décharge de ſa communauté, toutes les dettes de ſa femme antérieures au mariage. Si elles en étoient déja excluſes pour le fonds par une clauſe de ſéparation de dettes, ils ſeroient cenſés s'être obligés d'acquitter la communauté des intérêts deſdites dettes courus depuis le mariage, & pareillement des arrérages des rentes conſtituées, dûes par la femme avant ſon mariage, courus depuis. C'eſt ce qu'enſeigne Lebrun en ſon Traité de la Commun. L. 2, *chap.* 3, S. 3, *n.* 50.

374. La garantie des dettes de la femme qu'on a déclarée franche & quitte, comprend celles dont elle étoit débitrice envers ſes parens, qui l'ont déclarée franche & quitte, auſſi-bien que celles dont elle étoit débitrice envers d'autres perſonnes. Lebrun, au lieu cité, fait de longs raiſonnemens pour prouver cette propoſition, qui eſt évidente par elle-même, & il cite en pure perte des textes de Droit qui n'ont aucune application à la queſtion

Cet Auteur décide en conſéquence qu'une mere qui en mariant ſa fille, la déclare franche & quitte de dettes, eſt cenſée faire remiſe du douaire qui lui eſt dû par ſa fille. Je penſe que lorſque ce douaire conſiſte dans une rente annuelle, la clauſe ne s'étend qu'à la décharge des arrérages du douaire qui courent juſqu'au temps de la diſſolution de la communauté, & qu'elle ne s'étend pas à ceux qui courront depuis la diſſolution de communauté, arrivée ſoit par la mort du mari, ſoit par une ſéparation. La raiſon eſt, que cette clauſe eſt une convention intervenue entre les parens de la femme qui l'ont déclarée franche & quitte, & le mari : ce n'eſt qu'envers le mari que l'obligation qui réſulte de cette clauſe eſt contractée ; & elle ne peut par conſéquent s'étendre qu'aux arrérages, à la décharge deſquels le mari a intérêt. Or le mari a bien intérêt à la décharge des arrérages du douaire qui courront juſqu'à la diſſolution de la communauté, parce que la communauté en ſeroit chargée; mais il n'a aucun intérêt à la décharge de ceux qui ne courent que depuis la diſſolution de la communauté.

375. La clauſe par laquelle les parens de la femme la déclarent franche & quitte des dettes antérieures au mariage, differe de la convention de ſéparation de dettes.

1°. Celle-ci eſt une convention qui intervient entre les futurs conjoints : celle par laquelle les parens déclarent la fille franche & quitte, intervient entre leſdits parens de la fille & l'homme qui la doit épouſer.

2°. La convention de ſéparation de dettes ne comprend que les ſommes principales dues par chacun des conjoints avant le mariage : elle n'empêche pas que la communauté ne ſoit chargée de tous les intérêts deſdites ſommes qui courront pendant le temps de ſa durée, auſſi-bien que des arrérages des rentes dues par chacun des conjoints, qui courront pendant ledit temps : mais la clauſe qu'on a ajoutée, par laquelle les parens de la femme l'ont déclarée

franche & quitte de dettes, les oblige à acquitter la communauté même des intérêts des ſommes dues par la femme avant le mariage, courus pendant le temps de ſa durée, & des arrérages des rentes dues par la femme, courus pendant ledit temps, comme nous l'avons vu.

376. La clauſe par laquelle les parens de la femme la déclarent franche & quitte de dettes, étant une convention qui intervient entre leſdits parens & l'homme qui doit l'épouſer, & à laquelle convention la femme n'eſt pas partie, c'eſt une conſéquence que ſi l'homme n'a pas pu ſe faire indemniſer par les parens de la femme qui ſe ſont trouvés inſolvables, des ſommes qui ont été tirées de la communauté pour payer les dettes de la femme antérieures au mariage, l'homme ou ſes héritiers n'auront aucun recours pour en être indemniſés contre la femme qui ne ſeroit pas héritiere de ſes parens qui l'ont déclarée franche & quitte; à moins qu'outre cette clauſe il n'y eût une convention de ſéparation de dettes, auquel cas l'homme auroit bien, en vertu de la convention de ſéparation de dettes, un recours contre ſa femme pour les ſommes principales par elle dues avant ſon mariage, & acquittées des deniers de la communauté; mais il n'en auroit aucun pour les intérêts deſdites ſommes, & pour les arrérages des rentes; il n'a recours que contre les parens de ſa femme qui l'ont déclarée franche & quitte, & contre leur ſucceſſion.

377. La clauſe par laquelle les parens de la femme la déclarent franche & quitte de dettes, eſt différente de celle par laquelle ils s'obligeroient formellement d'acquitter ſes dettes antérieures au mariage; ils s'obligent en ce ſecond cas, tant envers leur fille qu'envers l'homme qui doit l'épouſer: c'eſt une donation qu'ils font à leur fille de la ſomme à laquelle montent ſes dettes, qui fait partie de la dot qu'ils lui donnent. C'eſt pourquoi en ce ſecond cas, bien-loin que les parens puiſſent avoir recours contre leur fille, après la diſſolution de la communauté, pour ſes dettes qu'ils ont acquittées, c'eſt au contraire leur fille qui a action contre eux, pour qu'ils ſoient tenus de les acquitter, ſi cela n'a pas encore été fait.

Au contraire, lorſque les parens de la femme l'ont ſimplement déclarée franche & quitte de dettes, cette clauſe étant une convention qui n'intervient qu'entre les parens de la femme, & l'homme qu'elle doit épouſer, & en laquelle la femme n'eſt pas partie, les parens de la femme ne contractent en ce cas d'obligation qu'envers l'homme, & ne garantiſſent que lui des dettes de ſa femme antérieures au mariage. Les parens de la femme qui, en conſéquence de l'engagement qu'ils ont contracté avec leur gendre, ont payé les dettes de la femme antérieures au mariage, ont après la diſſolution de la communauté l'action *negotiorum geſtorum* contre leur fille, pour répéter d'elle les ſommes qu'ils ont payées pour acquitter ſes dettes, pourvu néanmoins que l'action ne puiſſe réfléchir contre leur gendre ou ſes héritiers.

C'eſt pourquoi lorſque par le contrat de mariage, outre la clauſe par laquelle les parens de la femme l'ont déclarée franche & quitte de dettes, il y a une convention entre les futurs conjoints de ſéparation de dettes, les parens de la femme qui en exécution de leur engagement envers leur gendre, ont payé des ſommes principales dues par leur fille avant ſon mariage, en ont la répétition contre leur fille, après la diſſolution de la communauté, *actione negotiorum*

*negotiorum gestorum*, l'action ne pouvant pas en ce cas réfléchir contre l'homme ni contre ses héritiers, la communauté n'étant pas tenue desdites dettes de la femme, au moyen de la séparation de dettes.

Mais si par le contrat de mariage il n'y avoit pas de séparation de dettes, les dettes de la femme, antérieures au mariage, étant en ce cas tombées dans la communauté, les parens de la femme qui en exécution de leur engagement envers leur gendre, les ont acquittées, ne peuvent les répéter contre leur fille qui a renoncé à la communauté, parce que l'action réfléchiroit en ce cas contre le mari ou ses héritiers qu'ils en ont garanti; la femme au moyen de sa rénonciation, ayant action contre son mari ou héritiers pour être acquittée de toutes les dettes de communauté, & par conséquent des siennes, qui faute de séparation de dettes, sont devenues dettes de communauté.

Si la femme avoit accepté la communauté, ses parens pourroient répéter d'elle la moitié des sommes par eux payées pour le paiement de ses dettes, leur action pour cette moitié ne pouvant en ce cas réfléchir contre le mari ou ses héritiers, puisque sa femme, en qualité de commune, est débitrice pour moitié, sans recours, des dettes de la communauté.

378. La clause par laquelle les parens de la femme la déclarent franche & quitte de dettes, peut avoir lieu, quoique le contrat de mariage porte exclusion de communauté : car le mari ayant droit de percevoir tous les revenus des biens qui lui sont apportés en dot par sa femme pendant tout le temps du mariage, pour en supporter les charges, il a intérêt qu'il ne se trouve aucune dette de la femme, antérieure au mariage, qui diminue lesdits revenus. C'est pourquoi les parens qui ont déclaré la femme franche & quitte de dettes, s'obligent en ce cas d'acquitter le mari de toutes les poursuites que les créanciers de sa femme, antérieurs au mariage, pourroient faire sur les biens de sa femme, qui lui ont été apportés en dot.

## ARTICLE VI.

### *De la clause de reprise de l'apport de la femme, en cas de rénonciation.*

739. C'est une convention très-usitée dans les contrats de mariage, que celle par laquelle la femme stipule qu'elle pourra, lors de la dissolution de communauté, en y renonçant, reprendre franchement & quittement ce qu'elle y a mis.

Cette convention par laquelle la femme doit avoir part aux gains, si la communauté prospere, sans rien supporter des pertes dans le cas contraire, ésant une convention que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre, quelque contraire qu'elle soit aux regles ordinaires des sociétés, elle est de droit très-étroit.

Nous verrons sur cette convention, 1°. quand il y a ouverture au droit qui en résulte : 2°. au profit de quelles personnes : 3°. par quelles personnes peut être exercée l'action qui en naît, lorsque le droit a été ouvert au profit de la femme ou des autres personnes compriſes dans la convention. 4°. quelles choses sont l'objet de cette convention.

## §. I.

### *Quand y a-t-il ouverture au droit qui réſulte de la convention pour la repriſe de l'apport de la femme.*

380. C'eſt la diſſolution de communauté qui donne ouverture au droit qui réſulte de cette convention. Auſſi-tôt que la diſſolution de communauté eſt arrivée du vivant de la femme, *putà* par la mort du mari, le droit qui réſulte de cette convention eſt acquis à la femme dès l'inſtant de la mort du mari; il devient dès-lors un droit formé, qui fait partie des biens de la femme, dont elle peut diſpoſer, & qu'elle tranſmet dans ſa ſucceſſion.

Il n'eſt pas néceſſaire, pour que ce droit ſoit ouvert, d'attendre que la femme ait renoncé à la communauté; la rénonciation à la communauté n'eſt pas appoſée dans cette convention comme une condition qui en doive ſuſpendre l'ouverture; c'eſt plutôt *lex faciendi*; c'eſt la charge ſous laquelle la femme doit uſer du droit que cette convention lui donne de reprendre franchement & quittement ce qu'elle a apporté à la communauté; elle ne peut le reprendre, qu'à la charge d'abandonner le ſurplus en renonçant à la communauté: mais dès avant qu'elle ait renoncé à la communauté, elle a par la diſſolution de communauté, le droit de reprendre ce qu'elle y a mis, à la charge d'abandonner le ſurplus; & ſi elle meurt avant d'avoir pris qualité, elle tranſmet à ſes héritiers ce droit tel qu'elle l'avoit, c'eſt-à-dire, le droit de reprendre ce qu'elle a apporté à la communauté, en renonçant à la communauté. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 29 Juillet 1716, rapporté au ſixieme tome du Journal.

381. Les Notaires expriment quelquefois cette convention d'une maniere louche, au lieu de la concevoir en ces termes, *arrivant la diſſolution de la communauté, la future épouſe pourra, en renonçant à la communauté, reprendre franchement & quittement tout ce qu'elle y a apporté.* Il y a des Notaires qui la conçoivent en ces termes: *La future ſeule ſurvivant, pourra renoncer à la communauté, ce faiſant reprendre ce qu'elle y aura apporté.* Cela a donné lieu à la queſtion, ſi ce terme, *ſurvivant*, renfermoit une condition, de maniere qu'arrivant diſſolution de communauté par une ſentence de ſéparation de biens, le droit qui réſulte de cette clauſe, ne dût être ouvert que dans le cas auquel la femme ſurvivroit ſon mari. Lebrun, Traité de la Communauté, *liv. 3, ch. 2, ſect. 2*, ff. 5, *n.* 21, décide que ce terme ne renferme pas une condition; que par ces termes, les parties n'avoient voulu dire autre choſe, ſinon que le droit de reprendre l'apport en renonçant à la communauté, n'étoit accordé par cette convention qu'à la perſonne ſeule de la femme, & non à ſes enfans ni à ſes autres héritiers; en conſéquence les parties par ces termes, *la femme ſurvivant*, ont ſeulement voulu dire qu'il y auroit ouverture à la repriſe, au profit de la femme ſurvivante, dans le cas auquel la diſſolution de communauté arriveroit par le prédécès du mari, & que dans le cas contraire auquel elle arriveroit par le prédécès de la femme, il n'y auroit pas ouverture à la repriſe au profit de ſes héritiers, parce que l'intention des parties étoit d'accorder la

repriſe à la ſeule perſonne de la femme, & non à ſes héritiers. Si les parties ne ſe ſont pas expliquées ſur le cas auquel la diſſolution de communauté arriveroit par une ſentence de ſéparation, c'eſt qu'elles n'ont pas penſé à ce cas, qu'elles ne comptoient pas devoir arriver; mais on n'en doit pas conclure qu'elles aient voulu reſtreindre le droit de repriſe accordé par la convention à la femme, au ſeul cas auquel la diſſolution de la communauté arriveroit par le prédécès du mari, & l'exclure pour le cas auquel elle arriveroit par une ſentence de ſéparation. Lebrun autoriſe ſa déciſion par des Arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, *lettre* C, *chap.* 26, qui ont jugé qu'une femme, dans le cas d'une ſentence de ſéparation de biens, pouvoit exercer la repriſe qu'elle avoit ſtipulée en cas de ſurvie.

382. On a agité autrefois la queſtion, ſi lorſque la femme après une ſentence de ſéparation avoit exercé la repriſe, qui par la convention n'étoit accordée qu'à elle ſeule, ladite femme venant depuis à prédécéder, le mari ſurvivant ne devoit pas avoir la répétition de cette repriſe contre les héritiers de la femme? L'Annotateur de Lebrun, au lieu ci-deſſus, rapporte deux arrêts, l'un du 20 Décembre 1712, l'autre du 26 Février 1718, qui ont admis le mari à répéter contre les héritiers de ſa femme l'apport dont elle avoit exercé la repriſe après une ſentence de ſéparation de biens: on ſe fondoit pour cette répétition, ſur ce que la repriſe de l'apport n'étant accordée qu'à la perſonne ſeule de la femme, ſes héritiers ne pouvoient le retenir; mais le même Annotateur rapporte enſuite un autre arrêt contraire aux deux précédens, du 30 Décembre 1718; par lequel, ſur les concluſions de M. Gilbert de Voiſins, il a été donné congé aux héritiers de la femme, de la demande que le mari avoit donnée contr'eux en répétition de l'apport dont la femme avoit exercé la repriſe après une ſentence de ſéparation de biens; cet arrêt eſt auſſi rapporté au ſeptieme tome du Journal des Audiences.

C'eſt à la déciſion de ce dernier arrêt qu'on doit s'en tenir: de ce que par la convention, la repriſe de l'apport en renonçant à la communauté, a été accordée à la perſonne ſeule de la femme, on doit ſeulement conclure qu'il ne peut y avoir ouverture à cette repriſe, qu'au profit de la ſeule perſonne de la femme; & qu'en conſéquence, lorſque la diſſolution de communauté arrive par le prédécès de la femme, elle ne peut faire ouverture à la repriſe au profit des héritiers de la femme, qui ne ſont pas compris dans la convention. Mais lorſque le droit de repriſe a été ouvert au profit de la femme, le droit par cette ouverture ayant été acquis à la femme, étant devenu un droit formé qui fait partie de ſes biens, rien n'empêche qu'elle ne le puiſſe tranſmettre à ſes héritiers & tout ce qui lui en eſt parvenu, de même que tous ſes autres biens.

383. Ce n'eſt que la diſſolution de communauté qui arrive par le prédécès du mari, ou par une ſéparation, qui puiſſe donner ouverture au profit de la femme, au droit qui réſulte de cette convention.

Ce ne peut être que celle qui arrive par le prédécès de la femme, qui puiſſe y donner ouverture au profit des enfans ou autres héritiers qui ont été expreſſément compris dans la convention.

Ceci ſert à l'interprétation d'une clauſe qui étoit conçue en ces termes : *Advenant le prédécès du mari, la femme & ſes enfans renonçant à la communauté, reprendront*, &c. la femme étant prédécédée, les enfans renoncerent à la communauté, & demanderent à exercer la repriſe ; on leur oppoſoit, que la repriſe étant ſtipulée pour le cas du prédécès du mari, ce cas n'étant pas arrivé, il ne pouvoit y avoir ouverture à la repriſe ; les enfans répondoient que ces termes, *advenant le prédécès du mari*, ne pouvoient ſe rapporter qu'à la femme, à qui par cette clauſe la repriſe en renonçant étoit accordée, *advenant le prédécès du mari ;* mais à leur égard, ayant été auſſi compris dans la convention, la repriſe doit être cenſée leur être accordée pour le cas du prédécès de la femme, leur mere, puiſque c'eſt le ſeul cas qui pouvoit donner ouverture à leur profit à la convention : ſur ces raiſons, la repriſe leur fut adjugée par Arrêt du 13 Décembre 1641, rapporté par Brodeau ſur Louet Lettre F. *chap.* 28 *n.* 3.

## §. II.

### *Au profit de qui la diſſolution de communauté donne-t-elle ouverture à la convention pour la repriſe de l'apport.*

384. Quoique ce ſoit un principe général pour toutes les conventions, que nous ſommes cenſés avoir ſtipulé pour nos héritiers tout ce que nous avons ſtipulé pour nous : *Qui ſibi paciſcitur, ſibi heredique ſuo paciſcitur.* (Traité des Obligations, *n.* 63, & ſuivans ;) néanmoins, par une exception à ce principe général, la convention dont nous traitons, étant d'un droit très-étroit, lorſqu'une femme a ſtipulé, qu'arrivant la diſſolution de communauté, elle pourroit en y renonçant reprendre franchement ce qu'elle y a apporté, elle eſt cenſée n'avoir ſtipulé cela que pour elle ſeule & non pour ſes héritiers, s'ils ne ſont pas expreſſément compris dans la convention, ſoit en les y nommant, ſoit en s'expliquant de maniere qu'on ne puiſſe douter de la volonté que les parties ont eue de les y comprendre ; en conſéquence, lorſqu'il eſt dit ſimplement que la future en renonçant à la communauté, reprendra franchement ce qu'elle y a apporté ; ſi dans ce cas la communauté vient à ſe diſſoudre par le prédécès de la femme, ſes héritiers n'étant point expreſſément compris dans la convention, ne pourront exercer la repriſe ; & en renonçant à la communauté, ils y laiſſeront tout ce qui y a été apporté par la femme, ſans qu'ils puiſſent reprendre autre choſe que ce qui a été réſervé propre.

Les enfans avoient néanmoins prétendu autrefois devoir être cenſés tacitement compris dans cette convention ; mais les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau, lett. *F. n.* 28, & par les autres Arrêtiſtes, ont jugé qu'ils n'y étoient pas plus compris que les autres héritiers, ſi les parties ne s'en étoient pas expliquées par la convention.

385. Ce principe, que la femme eſt cenſée avoir ſtipulé pour elle ſeule le droit de reprendre en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, & non pour ſes enfans ou autres héritiers, s'ils ne ſont expreſſé-

ment compris dans la convention, a lieu non-seulement lorsque la clause est conçue en ces termes : *La future pourra*, &c ; ou, *il sera permis à la future*, &c. il a lieu même dans le cas où la clause auroit été conçue en termes impersonnels. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 19 Février 1604, rapporté par la Thaumassiere en ses questions, *centur.* 72. Dans l'espece de cet Arrêt, la clause etoit conçue en ces termes : *Avenant dissolution de communauté, en cas de rénonciation à la communauté, reprise sera faite de tout ce que la femme y aura apporté :* la dissolution de communauté étant arrivée par le prédéces de la femme, l'Arrêt débouta les enfans de la reprise de l'apport qu'ils vouloient exercer en renonçant à la communauté.

386. Pour que la femme puisse rendre transmissible par son prédécès à ses héritiers, le droit qu'elle a stipulé par cette convention, de reprendre en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, il faut qu'elle les comprenne expressément dans la convention ; en ce cas, lorsque par son prédécès, elle laisse des héritiers de la qualité de ceux compris dans la convention, elle leur transmet ce droit par son prédécès, & il se fait par son prédécès, ouverture à ce droit au profit desdits héritiers qui peuvent l'exercer, de même que l'eût exercé la femme, si le droit eût été ouvert de son vivant, par le prédécès du mari, ou par une séparation.

Mais si la femme, par son prédécès qui a dissous la communauté, n'a laissé que des héritiers qui ne sont pas de la qualité de ceux qui sont compris dans la convention ; *putà*, si la reprise a été stipulée au profit de la future & de ses enfans, & qu'elle ne laisse pour héritiers que des collatéraux, elle ne transmet pas auxdits héritiers le droit qu'elle a stipulé de reprendre en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté ; & la convention devient caduque.

387. On comprend assez souvent les enfans dans cette convention ; c'est ce qui se fait par ces termes : *La future & ses enfans pourront*, &c ; ou *la future & les siens* ; ou *la future & ses hoirs*, &c. car ces termes, *siens*, *hoirs*, dans ces clauses qui sont de Droit étroit, ne comprennent que les héritiers de la ligne descendante, c'est-à-dire, les enfans. C'est ce que nous avons déja observé, *suprà*, *n.* 328, par rapport aux propres conventionnels.

Au reste, ces termes, *enfans*, *siens*, *hoirs*, comprennent non-seulement les enfans du premier degré, mais ceux de tous les dégrés. Le terme *enfant*, dans notre langue, répond au terme latin ; *liberi* : or la Loi 220, ff. *de verb. sign.* nous apprend que, *Liberorum appellatione nepotes & pronepotes cæterique qui ex his descendunt, continentur.* Il n'y a aucune raison de croire que les parties dans cette clause, se soient écartées de cette signification ordinaire du terme *enfans*, l'affection qu'on a pour ses petits-enfans, étant la même qu'on a pour ses propres enfans.

Ces raisons me paroissent décisives contre l'opinion de Lebrun, qui restreint dans cette clause le terme *enfans*, à ceux du premier dégré.

Ces termes comprennent aussi tous les enfans de la femme, non-seulement ceux qui naîtront du mariage ; mais pareillement ceux qu'elle a des mariages précédens. Néanmoins, s'il étoit dit : *La future, & ses enfans qui naîtront du mariage, pourront reprendre*, &c. ces termes *qui naîtront du mariage*,

excluroient de la convention ceux des précédens mariages, ſuivant la regle, *incluſio unius eſt excluſio alterius*; c'eſt pourquoi dans ce cas, ſi la femme par ſon prédécès qui a diſſous la communauté, n'a laiſſé pour ſes héritiers que des enfans de ſes précédens mariages, il n'y aura pas ouverture à la repriſe pour ſes héritiers.

*Obiter nota*: mais lorſque la femme a laiſſé un enfant du mariage, ceux des précédens mariages profitent de la repriſe qui a été ouverte au profit de cet enfant avec qui ils la partagent; cet enfant ne devant pas être plus avantagé qu'eux dans la ſucceſſion de la mere commune; & étant en conſéquence obligé à leur faire rapport de l'avantage que lui a fait ſa mere, en ſtipulant la repriſe à ſon profit.

388. Voici une eſpece dans laquelle on a jugé que ces termes, *qui naîtront du mariage*, n'excluoient pas les enfans des précédens mariages, dans le cas auquel la femme n'en avoit laiſſé aucun de ce mariage. La clauſe étoit conçue en ces termes: » Il ſera permis à la future épouſe & aux enfans qui naîtront du mariage, même à ſes héritiers collatéraux, d'accepter ou de renoncer à la communauté, auquel cas de rénonciation reprendront franchement & quittement tout ce qu'elle aura apporté, *&c.* » Par Arrêt du mois d'Août 1685, rapporté par Berroyer, *tom.* 1 des arrêts de Bardet, L. 2, *chap.* 11, nonobſtant ces termes, *qui naîtront du mariage*, on adjugea la repriſe à un enfant d'un précédent mariage: la circonſtance de la repriſe accordée dans cette clauſe, *même aux héritiers collatéraux*, fit préſumer que les parties par ces termes, *aux enfans qui naîtront du mariage*, n'avoient pas entendu exclure les enfans du mariage précédent, qui étoient infiniment plus chers à la femme que ſes parents collatéraux, pour leſquels elle avoit ſtipulé la repriſe.

389. Par la même raiſon, ſi la convention étoit conçue en ces termes: *La future & ſes héritiers collateraux* pourront en renonçant à la communauté, reprendre ce qu'elle y a apporté, je penſerois qu'on doit entendre la clauſe comme s'il y avoit *& ſes héritiers*, MESME *collatéraux*, & regarder en conſéquence les enfans comme compris dans la convention; car il ne peut tomber ſous le ſens que ce que les parties ont bien voulu accorder à tous les héritiers collatéraux de la femme, elles l'aient refuſé à leurs propres enfans qui leur ſont infiniment plus chers.

Je ſais qu'il y a pluſieurs Auteurs qui ſont d'avis contraire; Lebrun, Traité de la Comm. *Liv.* 3, *ch.* 2, *ſect.* 2, *D.* 5, *n.* 12; Lemaître; Dupleſſis, *&c.* mais je ne puis déférer à leur avis.

Envain oppoſent-ils que la convention étant de droit étroit, les enfans ne peuvent être cenſés compris dans la convention, qu'ils n'y ſoient expreſſément compris. La réponſe eſt, que pour que les enfans ſoient expreſſément compris dans la convention, il n'eſt pas préciſément néceſſaire qu'ils y ſoient nommés; il ſuffit que les parties ſe ſoient par les termes de la convention, expliquées de maniere, qu'il n'y eût pas lieu de douter raiſonnablement de la volonté qu'elles ont eue de les y comprendre; or, les parties en comprenant dans la convention, même leurs héritiers collatéraux, ne laiſſent aucun lieu de douter de la volonté qu'elles ont eue d'y comprendre, à plus

forte raiſon, leurs enfans. L'Arrêt qui eſt le 112^e^ du Recueil de Montholon, & qu'on oppoſe contre notre opinion, n'a aucune application à la queſtion. Dans l'eſpece de cet Arrêt, il étoit dit : *La femme ſurvivante ſon mari ſans enfans, aura tout ce qu'elle a apporté en renonçant à la communauté; & ſi elle prédécède ſans enfans, le mari ſera quitte, & reprendront les collatéraux tout ce qu'elle aura apporté, ſans prendre par eux aucune choſe en ladite communauté* : la femme étant prédécédée, & ayant laiſſé pour héritier un enfant, cet enfant prétendit avoir droit de reprendre en renonçant à la communauté, ce que ſa mere y avoit apporté : il en fut débouté par l'arrêt, & avec raiſon; car il eſt évident dans cette eſpece, que les enfans n'étoient compris dans aucune des parties de cette clauſe. Si on accordoit par la ſeconde partie de la clauſe aux héritiers collatéraux de la femme, le droit de reprendre tout ce qu'elle avoit apporté, c'eſt par une raiſon qui leur étoit particuliere; on leur accordoit cela comme une récompenſe de ce qu'ils étoient reſtreints à cela pour tout droit de communauté, & privés de pouvoir prétendre aucune part dans tous les gains & profits de la communauté, ſi elle eût proſpéré; mais les enfans qui auroient participé à la bonne fortune, & auroient eu moitié dans tous les gains, profits, & acquiſitions, ſi la communauté eût proſpéré, doivent auſſi dans le cas contraire, participer à la mauvaiſe fortune, & perdre en renonçant à la communauté, ce que leur mere y a apporté.

390. Lorſque la femme a ſtipulé qu'elle & ſes héritiers collatéraux pourroient reprendre en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, doit-on ſous-entendre, comme compris dans la convention, non-ſeulement les enfans, mais pareillement à défaut d'enfans, les pere & mere, & autres héritiers de la ligne directe aſcendante de la femme? Je le penſe, car nos parens de la ligne directe aſcendante nous étant plus chers que des collatéraux, & étant plus ordinaire de ſtipuler cette repriſe pour les pere & mere de la femme que pour ſes collatéraux, il y a tout lieu de préſumer que les parties en étendant la convention de la repriſe de l'apport juſqu'aux héritiers collatéraux, ont entendu, à plus forte raiſon, comprendre dans la convention, les parens de la ligne directe aſcendante.

Quelque étendue que ſoit la convention pour la repriſe de l'apport en renonçant à la communauté, lorſqu'on y a expreſſément compris, même les héritiers collatéraux de la femme, elle n'a pas néanmoins encore en ce cas la même étendue que les conventions ordinaires; car dans les conventions ordinaires, ce qu'une perſonne ſtipule, elle eſt cenſée le ſtipuler pour elle & pour ſa ſucceſſion, en tant qu'elle eſt ſa ſucceſſion ſimplement, ſoit qu'elle doive être acceptée, & quelles que ſoient les perſonnes qui l'accepteront, ſoit qu'elle doive être jacente : au contraire, la convention pour la repriſe de l'apport en renonçant à la communauté, étant une convention d'une nature particuliere, par laquelle la femme qui ſtipule cette repriſe, eſt cenſée ne la ſtipuler que pour elle, & pour ceux qu'elle a expreſſément compris dans la convention; c'eſt une conſéquence, que lorſqu'elle y a compris expreſſément, même ſes héritiers collatéraux, elle n'a pas même, en ce cas, ſtipulé pour ſa ſucceſſion ſimplement, en tant qu'elle

eſt ſa ſucceſſion ; mais ſeulement pour ſa ſucceſſion, en tant qu'elle ſera acceptée par quelqu'un de ſes parens : c'eſt pourquoi ſi après ſa mort ſa ſucceſſion eſt jacente, le curateur à ſa ſucceſſion jacente ne pourra exercer la repriſe.

Par la même raiſon, ſi ne s'étant trouvés aucuns parens de la femme, & ſon mari s'étant trouvé incapable de lui ſuccéder, *putà*, parce que c'eſt un étranger non-naturaliſé, le Seigneur Haut-Juſticier à qui la ſucceſſion de la femme a été déférée, ne pourra exercer la repriſe que la femme n'a ſtipulée que pour elle & pour ſes héritiers qui ſeroient de ſa parenté.

391. On a agité la queſtion, ſi dans l'eſpece ſuivante, les enfans doivent être cenſés compris dans la convention pour la repriſe de l'apport de la femme, la clauſe étant conçue en ces termes: » En cas de prédéces, ſera » permis à la future épouſe, & à ſes enfans iſſus du futur mariage SEULEMENT, » de renoncer à la communauté, ou icelle accepter; & en cas de rénon- » ciation, reprendra ladite future épouſe, tout ce qu'elle aura apporté ; *&c.* » La femme étant morte la premiere, & ayant laiſſé un enfant pour héritier, le ſubrogé tuteur renonça pour l'enfant à la communauté, & demanda la repriſe de ce que ſa mere y avoit apporté : le pere pour s'en défendre, diſoit que l'enfant étoit bien compris dans la premiere partie de la clauſe qui permettoit la rénonciation à la communauté ; mais qu'il n'étoit pas compris dans la ſeconde partie qui accorde la repriſe de l'apport, en cas de rénonciation ; c'eſt dit-on, ce qui paroît par les termes dont cette ſeconde partie de la clauſe eſt conçue : *Et en cas de rénonciation, reprendra ladite future*, &c. Ces termes qui ſont au ſingulier, *reprendra ladite future*, ne comprennent que la femme. Pour que les enfans y fuſſent compris, il auroit fallu dire, *Et en cas de rénonciation reprendront* ; ou bien, *& en cas de rénonciation reprendre.* On diſoit au contraire pour l'enfant, que les deux parties de la clauſe étoient tellement connexes, & avoient une telle relation, qu'il ſuffiſoit que les enfans fuſſent compris dans la premiere partie de la clauſe, pour qu'ils duſſent être ſous-entendus dans la ſeconde ; la ſimple faculté de renoncer à la communauté, étant une faculté qu'ont tous ceux qui ſuccedent aux droits de la femme tels qu'ils ſoient, & qui n'a pas beſoin d'être ſtipulée ; ces termes de la clauſe, *ſera permis à la future épouſe & à ſes enfans iſſus du futur mariage SEULEMENT, de renoncer à la communauté*, &c. ne doivent pas s'entendre d'une ſimple faculté de renoncer telle qu'elle eſt de Droit commun, & qui n'a pas beſoin d'être ſtipulée ; mais d'une faculté de renoncer telle qu'elle étoit énoncée dans la ſuite de la clauſe, & à laquelle étoit attaché le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant. C'eſt ce que prouve évidemment le terme *ſeulement*, employé dans cette clauſe, lorſqu'il y eſt dit, *ſera permis à la future épouſe & à ſes enfans iſſus du futur mariage SEULEMENT, de renoncer*, &c. Il eſt évident que la faculté de renoncer, que les parties reſtreignent aux enfans iſſus du mariage par ce terme *ſeulement*, eſt la faculté de renoncer, à laquelle eſt joint le droit de reprendre l'apport, & non la ſimple faculté de renoncer, telle qu'elle a lieu de droit commun : ce n'eſt que le droit de reprendre l'apport en renonçant, qu'on a refuſé aux autres héritiers & ſucceſſeurs de la femme ; on n'a

pas

pas voulu leur interdire la faculté de ſe décharger des dettes de la communauté en y renonçant & y laiſſant ce qui y a été mis; on ne doit donc pas dire que dans cette eſpece, les enfans ne ſont pas compris dans la convention pour la repriſe de l'apport en renonçant, ſous le prétexte, que par les derniers termes de la clauſe, il eſt dit ſimplement, *en cas de rénonciation, reprendra ladite future*, &c. ſans dire que les enfans reprendront pareillement; car il ſuffit, pour que cela doive ſe ſous entendre, que les enfans aient été expreſſément compris dans le commencement de la clauſe, qui ne renferme autre choſe dans tout ce qu'elle contient, que la faculté accordée aux perſonnes qui y ſont compriſes, de reprendre l'apport de la femme, en renonçant à la communauté.

Sur ces raiſons, eſt intervenu l'Arrêt du 27 Février 1629, qui dans la préſente eſpece a accordé à l'enfant héritier de ſa mere, la repriſe de l'apport de ſa mere en renonçant à la communauté; il eſt rapporté au tome premier du Journal des Audiences, *liv.* 1, *chap.* 21, & dans le Recueil de Bardet, tom. premier, *liv.* 2, *chap.* 11.

392. Lebrun, Trait. de la Comm. *l.* 3, *ch.* 2, *ſect.* 2, *d.* 5, *n.* 11, rapporte une autre eſpece: il étoit dit par un contrat de mariage, » Sera loiſible à la future épouſe, en cas qu'elle ſurvive, de renoncer; & en ce faiſant, reprendre franchement & quittement ce qu'elle a apporté; & en cas qu'elle prédécede, *ladite* faculté de renoncer ſera tranſmiſſible aux enfans qu'elle laiſſera du mariage; & à leur défaut, à ſes héritiers collatéraux «. Le cas du prédécès de la femme étant arrivé, Lebrun conſulté ſur cette eſpece, décida que les enfans ne pouvoient prétendre la repriſe en renonçant, & que la faculté de renoncer, dont il étoit parlé dans la ſeconde partie de la clauſe, ne devoit être entendue que de la ſimple faculté de renoncer à la communauté, telle que la Coutume l'accorde. La raiſon qui peut faire adopter l'avis de Lebrun ſur cette eſpece, eſt qu'étant une choſe inſolite d'accorder indiſtinctement aux héritiers collatéraux de la femme, le droit de reprendre en renonçant, ce qu'elle a apporté, il y a lieu de croire que la faculté de renoncer, dont il eſt parlé dans la ſeconde partie de la clauſe, & qui eſt accordée même aux héritiers collatéraux, n'eſt autre choſe que la ſimple faculté de renoncer, que la Coutume accorde à tous les ſucceſſeurs de la femme pour ſe décharger des dettes. Mais s'il n'eût pas été parlé dans cette partie de la clauſe, des héritiers collatéraux, & qu'il eût été dit ſimplement, *ladite faculté de renoncer ſera tranſmiſſible aux enfans*, je crois que cela devroit s'entendre de la faculté de renoncer, dont il a été parlé dans la premiere partie de la clauſe, à laquelle eſt joint le droit de reprendre en renonçant, ce que la femme a apporté. C'eſt le ſens que préſentent ces termes, *Ladite faculté.*

## §. III.

*Lorſque la convention pour la repriſe de l'apport de la femme a été ouverte, ſoit au profit de la femme, ſoit au profit de ſes héritiers compris dans la convention, par qui l'action qui en réſulte peut-elle être exercée ?*

393. Lorſque la convention pour reprendre en renonçant, ce que la femme a apporté en communauté, a été ouverte au profit de la femme, ſoit par le prédécès de ſon mari, ſoit par une ſéparation ; l'action qui naît de cette convention pour exiger du mari ou de ſes héritiers en renonçant à la communauté, ce que la femme y a apporté, peut être exercé, non-ſeulement par la femme, au profit de qui le droit qui naît de cette convention, a été ouvert ; elle peut pareillement être exercée par toutes les perſonnes qui ont ſuccédé aux droits de cette femme, ou qui ont droit d'exercer ſes droits.

En vain oppoſeroit-on que le droit qui naît de la convention pour la repriſe de l'apport en renonçant, eſt un droit perſonnel à la femme ; il n'eſt perſonnel qu'en ce ſens, qu'il ne ſe peut faire ouverture à ce droit, qu'au profit de la ſeule perſonne de la femme, par la diſſolution de communauté qui arrive de ſon vivant ; & que lorſque la diſſolution arrive par ſon prédécès, il ne peut y avoir ouverture au profit des héritiers de la femme, au droit qui naît de cette convention, s'ils ne ſont eux-mêmes compris dans la convention. Mais lorſqu'une fois le droit qui naît de cette convention, a été ouvert au profit de la femme, c'eſt un droit qui lui eſt acquis en pleine propriété, dont elle peut diſpoſer, & qu'elle tranſmet dans ſa ſucceſſion, de même que tous ſes autres biens. C'eſt pourquoi l'action qui réſulte de ce droit, peut être exercée par ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs. Elle tranſmet ce droit à ſes héritiers, quand même elle ſeroit morte avant que de s'être expliquée ſi elle entendoit accepter ou renoncer à la communauté ; & il a été jugé en conſéquence, par Arrêt du 2 Juillet 1716, rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de mariage, que ſes héritiers étoient en ce cas, reçus à exercer l'action pour la repriſe de ſon apport, en renonçant à la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 380.

Il en eſt de même de ſes autres ſucceſſeurs, tel que ſeroit ſon légataire univerſel, comme Lebrun en convient, Tr. de la Comm., *l.* 3, *ch.* 2, *ſect.* 2, *d.* 5, *n.* 17.

394. Par la même raiſon, le droit qui naît de la convention pour la repriſe de l'apport de la femme en renonçant à la communauté, ayant été ouvert au profit de la femme, les créanciers de la femme doivent être reçus à exercer l'action qui en naît pour la repriſe de l'apport de la femme. C'eſt mal-à-propos que Lebrun, *ibidem*, diſtingue ſi c'eſt du vivant de la femme, ou depuis la mort de la femme qui eſt morte après que le droit a été ouvert à ſon profit, que les créanciers de la femme demandent à exercer pour elle cette repriſe : cette diſtinction n'a aucun fondement ; des créan-

tiers ſont reçus, ſoit du vivant, ſoit après la mort de leur débiteur, à exercer tous les droits qui appartiennent à leur débiteur ou à ſa ſucceſſion.

Il y a plus : quand même la femme au profit de qui le droit de reprendre ſon apport en renonçant, a été ouvert par le prédécès de ſon mari, auroit en fraude de ſes créanciers, & pour favoriſer ſes enfans débiteurs de cette repriſe, accepté une communauté mauvaiſe, & ſe ſeroit par-là privée de ſon droit, qui ne lui eſt accordé qu'en renonçant à la communauté ; les créanciers de la femme devroient en faiſant déclarer nulle & frauduleuſe l'acceptation que leur débitrice a faite de la communauté, être admis à y renoncer pour elle, & à exercer la repriſe de ſon apport qu'elle a droit d'exercer en y renonçant. C'eſt une ſuite de ce principe de notre Juriſprudence, qu'un débiteur ne peut, en fraude de ſes créanciers, ſe déſiſter des droits qui lui ſont acquis : c'eſt pour cela, que lorſqu'un débiteur a renoncé, en fraude de ſes créanciers, à une ſucceſſion avantageuſe, ſes créanciers ſont admis dans notre Juriſprudence, contre la ſubtilité du Droit Romain, à exercer les droits de leur débiteur dans cette ſucceſſion, en faiſant déclarer nulle & frauduleuſe la renonciation qu'il y a faite.

395. Lorſque par le prédécès de la femme, le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant à la communauté, a été ouvert au profit de l'héritier de la femme qui étoit compris dans la convention ; non-ſeulement ledit héritier, au profit de qui le droit a été ouvert, peut exercer l'action qui naît de ce droit ; les héritiers & autres ſucceſſeurs de cet héritier, & pareillement les créanciers de cet héritier le peuvent de même que lui.

396. Si cet héritier compris dans la convention, au profit de qui le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant à la communauté, a été ouvert par le prédécès de la femme, avoit accepté la ſucceſſion ſous bénéfice d'inventaire, & qu'il fît enſuite abandon de la ſucceſſion aux créanciers de la ſucceſſion pour ſe décharger de dettes, ce droit de reprendre l'apport de la femme, étant un droit qui a été ouvert au profit de cet héritier, & qui lui a été acquis en ſa qualité d'héritier de la femme compris dans la convention, qu'il tient par conſéquent de la ſucceſſion de la femme, il doit être compris dans l'abandon qu'il fait aux créanciers de cette ſucceſſion, de tous les biens & droits de cette ſucceſſion ; les créanciers de la ſucceſſion de la femme, à qui il a fait l'abandon, peuvent donc exercer l'action qui naît de ce droit.

397. Ces principes ſervent à décider la queſtion, s'il y a ouverture au droit qui naît de la convention de reprendre l'apport de la femme en renonçant à la communauté, lorſque la femme eſt prédécédée, en laiſſant pour ſon héritier un enfant ou autre parent expreſſément compris dans la convention ; & pour légataire univerſel, une autre perſonne qui n'y eſt pas compriſe ? Lebrun, *ibid. n.* 17, prétend qu'il n'y a pas en ce cas ouverture au droit de repriſe, ni au profit de l'héritier, quoique compris dans la convention, parce que le legs univerſel fait à une autre perſonne, l'empêche d'en pouvoir profiter ; ni au profit du légataire univerſel, parce qu'il n'eſt pas compris dans la convention.

Il faut dire au contraire, conformément à nos principes, que ſi l'héritier

de la femme accepte la succeſſion ; cet héritier étant de la qualité de ceux auxquels, aux termes de la convention ce droit eſt tranſmiſſible, il s'enſuit que ce droit a été ouvert au profit de cet héritier, & lui a été acquis; ce qui ſuffit pour que cet héritier le faſſe paſſer, ainſi que tous les autres biens & droits de la ſucceſſion, au légataire univerſel par le ſaiſiſſement & la délivrance de ſon legs univerſel.

Le légataire univerſel, après avoir été ſaiſi de ſon legs, peut donc exercer l'action qui naît de ce droit, comme l'eût pu faire l'héritier, au profit duquel il a été ouvert, & au lieu duquel eſt le légataire univerſel.

On oppoſera peut-être que c'eſt un principe, que les choſes léguées ſont cenſées paſſer directement de la perſonne du défunt en celle du légataire ; ce droit n'a donc pu, dira-t-on, être ouvert au profit de l'héritier, & acquis à cet héritier pour paſſer de lui au légataire univerſel : la réponſe eſt, que ce n'eſt que par une fiction que les biens & les droits de la ſucceſſion ſont cenſés paſſer directement au légataire ; dans la vérité, ils paſſent d'abord à l'héritier pour de lui, paſſer au légataire ; c'eſt ce que prouve la regle : *le mort ſaiſit le vif, ſon plus prochain héritier* ; c'eſt ce qui eſt renfermé dans l'eſſence du titre d'héritier, qui n'eſt autre choſe que le ſucceſſeur à tous les droits du défunt : *ſucceſſor in univerſum jus defuncti.* La fiction qui fait réputer les choſes léguées, comme paſſées directement du défunt au légataire, étant une fiction qui n'eſt établie qu'en faveur du légataire pour certains effets, elle ne peut être retorquée contre lui & à ſon préjudice, ni empêcher par conſéquent que le droit de repriſe n'ait été ouvert au profit de l'héritier, & n'ait paſſé de l'héritier à lui : *quod in favorem alicujus introductum eſt, non debet contrà eum retorqueri.* A ces raiſons, qui ſont les raiſons fondamentales de notre opinion, & qui ſont priſes dans la nature des choſes, on peut encore ajouter une raiſon d'inconvénient, qui eſt que dans l'opinion de Lebrun, la femme auroit une voie ouverte pour avantager ſon mari, en faiſant un légataire univerſel pour décharger ſon mari de la repriſe ſtipulée au profit de l'héritier. Enfin, notre opinion a été confirmée par un Arrêt de 1711, rapporté par l'Annotateur de Lebrun.

398. Il y a des Auteurs qui ont donné dans une autre extrémité, en ſoutenant que lorſqu'une femme a laiſſé un héritier compris dans la convention, & un légataire univerſel, ce légataire univerſel peut exercer la repriſe, même dans le cas auquel l'héritier auroit renoncé à la ſucceſſion, & qu'on ne doit pas avoir égard à cette renonciation, comme faite en fraude du legs univerſel. Cette opinion ne me paroît pas ſoutenable : le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant, étoit un droit qui étoit tranſmiſſible dans ſa ſucceſſion à cet héritier comme compris dans la convention ; mais ce droit étant un droit de la ſucceſſion, il ne peut lui être tranſmis, ni ouvert à ſon profit, s'il n'accepte pas la ſucceſſion : le légataire ne peut donc en ce cas exercer la repriſe, ne le pouvant ni de ſon chef, puiſqu'il n'eſt pas compris dans la convention, ni du chef de cet héritier au profit de qui le droit n'a pu être ouvert, puiſqu'il a renoncé à la ſucceſſion. Quant à ce qu'on dit, qu'on ne doit pas avoir égard dans cette eſpece à la renonciation de cet héritier, comme faite en fraude du légataire univerſel ; la ré-

ponſe eſt qu'un débiteur ne peut à la vérité, renoncer en fraude de ſes propres créanciers à une ſucceſſion avantageuſe qui lui eſt déférée, avec laquelle il eût pu s'acquitter envers eux en tout ou en partie de ce qu'il leur doit: mais dans cette eſpece, l'héritier en renonçant à la ſucceſſion, ne commet aucune fraude envers le légataire univerſel, dont il n'eſt pas le débiteur.

## §. IV.

### *Quelles choſes ſont l'objet de cette convention.*

399. La convention par laquelle la femme ſtipule la repriſe de ce qu'elle a apporté en communauté en cas de renonciation à la communauté, étant une convention de droit étroit, elle doit être étroitement renfermée dans les bornes des termes dans leſquels elle eſt conçue, & elle ne peut être étendue d'une choſe à une autre.

C'eſt pourquoi, lorſqu'il eſt dit ſimplement par la convention, que la femme en renonçant à la communauté, reprendra ce qu'elle a apporté, la convention ne renferme que ce qu'elle a apporté à la communauté en ſe mariant; elle ne s'étend pas à ce qu'elle y a fait entrer depuis par les ſucceſſions ou donations qui lui ſont advenues durant le mariage.

Lorſqu'on veut que la femme ait auſſi la repriſe de ces choſes, on ne ſe contente pas de dire que la femme reprendra ce qu'elle a apporté en communauté; on ajoute ces termes: *& tout ce qu'elle y aura fait entrer depuis pendant le mariage*; ou bien ceux-ci, *& tout ce qui y ſera entré à cauſe d'elle*; ou autres ſemblables.

400. Dans l'eſpece d'un Arrêt du 12 Août 1731, rapporté par Bardet, *tom* 1, *l.* 4, *ch.* 45, la future avoit été dotée par ſes pere & mere d'une ſomme de 36000 livres, & il étoit dit: *la future épouſe renonçant à la communauté, reprendra les* 36000 *livres par elle apportées en dot, & tout ce qu'elle montrera avoir apporté de plus*: la Cour jugea que ces termes, *tout ce qu'elle montrera avoir apporté de plus*, comprenoient la repriſe d'un legs qui lui avoit été fait durant le mariage par un étranger. En effet, ces termes ne permettoient pas de borner la convention à ce que la femme avoit apporté en ſe mariant, puiſque n'y ayant apporté qu'une ſomme fixe & certaine de 36000 livres, il étoit dit qu'elle reprendroit *ce quelle montrera avoir apporté de plus*: ces termes ne peuvent s'entendre que de ce qui lui ſeroit advenu pendant tout le temps qu'a duré la communauté, par ſucceſſion, don ou legs.

401. Par un Arrêt du 18 Juin 1687, rapporté au ſecond tome du Journal du Palais, il a été jugé que cette clauſe; la future en renonçant à la communauté, *reprendra franchement tout ce qu'elle ſe trouvera y avoir apporté*, ne comprenoit que ce que la femme y avoit apporté en ſe mariant, & ne s'étendoit pas à un legs qui lui avoit été fait durant le mariage.

Lebrun, Tr. de la Comm., *l.* 2, *ch.* 2, S. 2, *d.* 5, *n.* 37, n'approuve pas la déciſion de ce dernier Arrêt: il penſe que dans la convention de repriſe, ces termes, *ce qu'elle ſe trouvera avoir apporté*; ou ceux-ci, *ce qu'elle*

*aura apporté*, étant au temps futur, ne ſe réferent pas au temps auquel a commencé la communauté, mais au temps futur de la diſſolution de la communauté, & qu'ils comprennent par conſéquent, non-ſeulement ce que la femme a fait entrer en communauté en ſe mariant, mais tout ce qu'elle y a fait entrer juſqu'au temps de la diſſolution de communauté, pendant tout le temps qu'elle a duré; cela paroît effectivement être aſſez le ſens de ces termes qui ſont au temps futur.

402. Quelquefois par la convention, par laquelle la femme ſtipule le droit de reprendre, en renonçant, ce qu'elle a apporté à la communauté, il eſt dit que ce ſera ſous la déduction d'une certaine ſomme que le mari pourra retenir pour l'indemniſer des frais de noces. Lebrun, Tr. de la Comm. *l.* 3, *ch.* 2, §. 2, *d.* 5, *n.* 28, demande au ſujet de cette clauſe, ſi la diſſolution de communauté étant arrivée par le prédécès du mari, les héritiers du mari débiteurs de la repriſe envers la femme, ont le droit de retenir ſur cette repriſe la ſomme qu'eût pu retenir le mari? Il eſt ſans difficulté qu'ils le peuvent; la femme ne peut pas exiger d'eux plus que ce qu'elle a ſtipulé: or elle n'a pas ſtipulé la repriſe de tout ce qu'elle a apporté, mais ſeulement la repriſe de ce qu'elle a apporté, ſous la déduction d'une certaine ſomme; elle ne peut donc demander la repriſe de ſon apport que ſous la déduction de cette ſomme: les héritiers d'un défunt ne peuvent être débiteurs, en cette qualité d'héritiers, de plus que de ce dont le défunt étoit débiteur; or le mari n'étoit pas débiteur de la repriſe de tout l'apport, mais ſeulement de la repriſe de l'apport ſous la déduction d'une certaine ſomme: ſes héritiers ne doivent donc pareillement être tenus de la repriſe de l'apport que ſous la déduction de cette ſomme.

403. Aſſez ſouvent la femme par cette convention, ſtipule pour elle ſans aucune déduction la repriſe de tout ſon apport, & elle ſtipule pour ſes héritiers compris dans la convention, la repriſe de cet apport ſous la déduction d'une certaine ſomme que le mari pourra retenir pour les frais de noces. Comme lorſque la clauſe eſt conçue en ces termes, *la future épouſe en cas de renonciation à la communauté, reprendra ce qu'elle y a apporté: ſes enfans, & à défaut de ſes enfans, les pere & mere le reprendront pareillement, mais leſdits pere & mere ne le reprendront que ſous la déduction de la ſomme de tant*; la diſſolution de communauté eſt arrivée par le prédécès du mari, & a donné ouverture au droit, au profit de la femme, laquelle eſt morte ſans avoir pris qualité, & a laiſſé pour ſes héritiers ſes pere & mere, leſquels, en leur qualité d'héritiers de la femme, renoncent à la communauté, & demandent contre les héritiers du mari la repriſe de ce que leur fille a apporté à la communauté; ſeront-ils obligés de ſouffrir la déduction de la ſomme portée par la convention? Non, car cette déduction n'a pas été accordée au mari dans tous les cas, mais ſeulement dans le cas auquel par le prédécès de la femme ſans enfans, il y auroit ouverture à la repriſe au profit des pere & mere de la femme; mais dans cette eſpece, ce n'eſt pas au profit des pere & mere de la femme, que le droit de repriſe a été ouvert; il a été ouvert par le prédécès du mari au profit de la femme, qui l'a ſtipulé pour elle ſans aucune déduction; ce droit lui ayant été acquis ſans aucune dé-

duction, elle l'a transmis tel qu'elle l'avoit, & par conséquent sans aucune déduction, à ses pere & mere qui sont ses héritiers.

404. Voici une question qu'on m'a dit s'être présentée. Par un contrat de mariage, la reprise de l'apport étoit accordée aux pere & mere de la future en renonçant à la communauté, & il étoit ajouté, *& audit cas*, il sera donné *au mari la somme de tant pour frais de noces;* la femme laissa pour héritiers son pere, pour les meubles & acquêts; & des collatéraux, pour les propres maternels: le pere qui exerçoit la reprise, prétendoit que la somme stipulée pour les frais de noces, étoit une dette de la succession de la femme, à laquelle les héritiers maternels devoient contribuer avec lui; & que ces termes, *il sera donné*, présentoient un sens différent de ceux dont on se sert ordinairement, *il sera fait déduction.* Je crois la prétention du pere mal fondée. Ces termes, *audit cas il sera donné*, *&c.* ne renferment autre chose qu'une charge opposée à la reprise qui est accordée aux pere & mere; or, à qui est-ce à acquitter la charge sous laquelle une disposition a été faite, si ce n'est à celui au profit de qui la disposition a été faite sous cette charge? En vain, diroit-on que ces termes ne contiennent pas tant une charge apposée à la reprise, que la dette d'une somme que la femme a contractée envers son mari, dans le cas auquel il y auroit lieu à la reprise; laquelle dette passe à sa succession: car quand même on accorderoit que la femme auroit contracté cette dette envers son mari, elle auroit été éteinte en même temps que contractée, par la compensation qui s'en seroit faite jusqu'à due concurrence avec la dette de la restitution de l'apport, que l'homme a contracté envers sa femme; deux personnes ne pouvant pas contracter réciproquement l'une envers l'autre des dettes de sommes d'argent sous une même condition, sans qu'il s'en fasse nécessairement & de plein droit, compensation jusqu'à due concurrence.

405. Lorsque la convention a été conçue en ces termes: *la future & ses enfans qui naîtront du mariage, reprendront ce qu'elle a apporté en communauté; les enfans qu'elle a du précédent mari auront aussi cette reprise, mais sous la déduction de la somme de quatre mille livres, que le mari retiendra pour frais de noces*: la femme étant prédécédée, & ayant laissé pour héritiers un enfant de ce mariage, & un autre d'un mariage précédent, au profit desquels il y a eu ouverture à la reprise, étant l'un & l'autre compris dans la convention, on demande à l'égard de la déduction de la somme de quatre mille livres, dont l'enfant du précédent mariage a été chargé, s'il y a lieu à cette déduction pour le total, ou seulement pour partie? Lebrun, Tr. de la Comm. *l.* 3, *ch.* 2, *S.* 2, *d.* 5, *n.* 43, rapporte quatre opinions différentes sur cette question.

La premiere, est que l'enfant du mariage précédent, aura la moitié de la reprise, à la charge de faire déduction au mari, de la somme entiere de 4000 livres, portée par la convention. La seconde, est qu'il aura la moitié de la reprise, à la charge de faire déduction au mari, de la moitié des 4000 livres. La troisieme, est qu'il ne doit être fait aucune déduction, même par l'enfant du premier mariage, parce qu'elle réfléchiroit sur l'enfant du second lit, au profit duquel la reprise a été stipulée, sans aucune dé-

duction. La quatrieme, que l'enfant du ſecond lit, auſſi-bien que celui du premier, doivent en ce cas, faire chacun déduction pour moitié ſur leur part, de la ſomme de 4000 livres.

De ces quatre opinions, c'eſt la ſeconde qu'on doit ſuivre, & qui eſt ſuivie par Lebrun; elle eſt fondée ſur ce principe d'équité, que lorſqu'une diſpoſition faite au profit de quelqu'un, ſous une certaine charge, ne peut avoir lieu que pour partie; celui au profit de qui elle eſt faite, ne doit être tenu de la charge que pour la même partie; L. 43, §. 2; L. 44, §. 9, ff. *de cod. & dem.* Suivant ce principe, l'enfant du premier lit, pour qui la repriſe avoit été ſtipulée, à la charge de laiſſer 4000 livres au mari, n'ayant été héritier de ſa mere que pour moitié; la repriſe en conſéquence n'ayant été ouverte à ſon profit que pour la moitié, il ne doit être tenu que pour moitié, de la charge de laiſſer au mari 4000 livres, & il ne doit lui faire déduction que de 2000 livres; la charge de lui faire déduction de 4000 livres, ne lui étant impoſée que dans le cas auquel ſe trouvant ſeul héritier de ſa mere, par le défaut ou la renonciation des enfans du premier lit, la repriſe ſe ſeroit trouvée ouverte pour le total à ſon profit. Ajoutez que les deux parties de la convention, celle pour laquelle la repriſe a été ſtipulée ſous la déduction d'une ſomme de 4000 livres, & celle pour laquelle elle a été ſtipulée ſans déduction pour les enfans qui naîtroient du mariage, doivent ſe concilier, & avoir chacune leur effet; mais ſi l'enfant du premier lit étoit obligé de faire, ſur ſa portion de la repriſe, déduction au mari de la ſomme toute entiere de 4000 livres, l'enfant du ſecond lit, qui ſe trouveroit par ce moyen avoir dans la ſucceſſion de ſa mere 4000 livre de plus que celui du premier, ſeroit tenu par la loi du rapport, de faire raiſon à l'enfant du premier lit, de deux mille livres pour la moitié de ladite ſomme; & par ce moyen la clauſe par laquelle la repriſe a été ſtipulée par lui ſans déduction, n'auroit aucun effet & ne lui ſerviroit de rien, puiſqu'il ſe trouveroit ſupporter de cette déduction, autant que s'il eût été chargé, de même que l'enfant du premier lit. Cela doit faire rejetter la premiere opinion, & la quatrieme, qui n'eſt qu'une ſuite de la premiere, & qui n'en differe qu'en ce qu'elle évite le circuit auquel il y auroit lieu dans la premiere.

On ne doit pas non plus ſuivre la troiſieme opinion, qui pour trop donner d'effet à la partie de la clauſe par laquelle on a ſtipulé la repriſe ſans aucune déduction pour les enfans qui naîtroient du mariage, détruit entiérement l'autre partie de la clauſe par laquelle on a chargé l'enfant du premier lit d'une déduction de 4000 livres, en privant le mari entiérement de cette déduction, même vis-à-vis de l'enfant du premier lit, qui en a été expreſſément chargé; parce que, dit-on, la déduction que feroit l'enfant du premier lit, refléchiroit par la loi du rapport contre l'enfant du ſecond lit, contre les termes de la clauſe qui lui accorde la repriſe ſans aucune déduction. Cette opinion me paroît vicieuſe, en ce qu'elle ne concilie pas les deux parties de la clauſe, qui doivent l'une & l'autre avoir leur exécution; ſi celle qui concerne les enfans du ſecond lit a ſon exécution, celle qui concerne la déduction dont l'enfant du premier lit eſt chargé, doit avoir auſſi

la

la ſienne : elle ne l'a pas dans la troiſieme opinion ; mais dans la ſeconde que nous avons embraſſée, on concilie les deux parties de la convention ; celle qui concerne la déduction de la ſomme dont l'enfant du premier lit eſt chargé envers le mari, reçoit ſon exécution, puiſqu'il lui fait cette déduction pour la même part qu'il a dans la repriſe ; celle qui concerne l'enfant du ſecond lit, pour qui la repriſe a été ſtipulée ſans aucune déduction, reçoit auſſi ſon exécution, puiſqu'il n'eſt fait aucune déduction au mari, pour la part que cet enfant a dans la repriſe : il eſt vrai que l'enfant du ſecond, ſupporte indirectement une partie de la déduction, en ce que par la loi du rapport, il eſt obligé de faire raiſon à l'enfant du premier, d'une ſomme de 1000 livres, moitié de celle de 2000 livres, qu'il ſe trouve avoir de plus que lui ; mais ce rapport eſt une choſe étrangere dont le mari n'eſt pas garant.

Il ſuffit pour que la clauſe qu'il reprendroit ſans aucune déduction, ait eu ſon effet, qu'il n'ait été fait aucune déduction au mari de la ſomme de 4000 livres pour la part que l'enfant du ſecond lit a eue dans la repriſe ; l'enfant du ſecond lit en profite, en ce que s'il eût été aſſujetti à la déduction auſſi-bien que celui du premier lit, il l'auroit ſupportée pour 2000 livres ; au-lieu que ſa part n'ayant pas été ſujette à la déduction, il n'en ſupporte que pour 1000 livres.

Obſervez dans l'eſpece propoſée, que ſi l'enfant du ſecond lit avoit renoncé à la ſucceſſion de ſa mere, celui du premier lit ſe trouvant par ce moyen ſeul héritier, le droit de repriſe ſeroit ouvert pour le total au profit de cet enfant du premier lit, qui devroit en conſéquence faire au mari la déduction de la ſomme entiere de 4000 livres. *Contrà vice verſâ* : Si par la renonciation de l'enfant du premier lit, celui du ſecond étoit ſeul héritier, la repriſe ayant été ſtipulée pour lui ſans déduction, le mari n'auroit aucune déduction à prétendre.

406. Il ne peut y avoir d'autres choſes compriſes dans la repriſe que la femme a ſtipulée au profit de quelqu'un de ſes héritiers, que celles auxquelles cet héritier a droit de ſuccéder. Voici un exemple de ce principe : par un contrat de mariage, il eſt dit que *la future, ſes enfans & ſes pere & mere reprendront, en renonçant à la communauté, tout ce qu'elle y a apporté & tout ce qu'elle y aura fait entrer par les ſucceſſions, dons & legs qui lui ſeront advenus durant le mriage* ; & par une autre clauſe il eſt dit, que les ſucceſſions, tant mobiliaires qu'immobiliaires, qui adviendront durant la communauté à chacun des conjoints, y entreront. La diſſolution de communauté arrive par le prédécès de la femme ſans enfans, qui laiſſe ſon pere pour héritier aux meubles & acquêts & des parens collatéraux maternels, pour les héritiers aux propres maternels ; la communauté étant obérée, les différens héritiers y renoncent, le pere qui eſt compris dans la convention & au profit de qui par conſéquent le droit de repriſe eſt ouvert, exerce la repriſe, il ne peut en l'exerçant, demander au mari que le mobilier que ſa fille a fait entrer en communauté ; les héritages qui ſont échus à la fille durant le mariage, de la ſucceſſion de ſa mere, & qui au moyen de la clauſe que les ſucceſſions ſeront communes, ſont entrés dans la communauté, demeurent au mari ; le pere

n'en peut avoir la repriſe, parce qu'il n'en eſt pas héritier, leſdits héritages étant des propres maternels ; les parens maternel, qui ſont héritiers aux propres maternels, ne peuvent auſſi en avoir la repriſe, parce que les collatéraux ne ſont pas compris dans la convention.

Il en ſeroit autrement, ſi le droit de repriſe avoit été ouvert au profit de la femme par le prédécès du mari, le droit de repriſe tant des héritages que des meubles par elle apportés en communauté, ayant été acquis à la femme, elle le tranſmettroit dans ſa ſucceſſion ; ſçavoir, le droit de repriſe des meubles à ſon héritier au mobilier, & le droit de repriſe des héritages qu'elle a eu de la ſucceſſion de ſa mere, à ſes héritiers aux propres maternels.

407. La repriſe des effets mobiliers que la femme a apportés ou fait entrer en la communauté, ne ſe fait pas en nature ; le mari ou ſes héritiers ſont pour cette repriſe, lorſqu'il y a ouverture, débiteurs de la ſomme que leſdits effets valoient, lorſque la femme les a apportés ou fait entrer en la communauté ; on ſuit à cet égard l'eſtimation qui en a été faite lorſque la femme les a apportés ou fait entrer en la communauté. La femme, ou les héritiers au profit de qui la repriſe eſt ouverte, ont ſeulement ſur leſdits effets qui ſe trouveroient en nature lors de la diſſolution de la communauté, un privilege ſur tous les autres créanciers du mari, pour le paiement de la ſomme due pour la repriſe.

408. Lorſque la femme a apporté à la communauté, ou y a fait entrer des dettes actives, le mari eſt débiteur envers la femme qui a ſtipulé la repriſe, ou envers ſes héritiers compris dans la convention, non-ſeulement des ſommes qu'il a effectivement reçues des débiteurs, mais de tout ce qu'il en a dû recevoir ; à moins qu'il n'établiſſe par le rapport, des diligences par lui faites contre les débiteurs, qu'il n'a pas été en ſon pouvoir d'en être payé. Envain oppoſeroit-on que le mari a le droit de perdre les effets de la communauté ; car le principe ſouffre une exception à l'égard de ceux dont la femme a ſtipulé la repriſe, dans le cas auquel il y a lieu à cette repriſe.

409. A l'égard des héritages que la femme a apportés ou a fait entrer en communauté, lorſqu'ils ſe trouvent en la poſſeſſion du mari ou de ſa ſucceſſion, au temps de la diſſolution de communauté, qui a donné ouverture à la repriſe, la femme ou ſes héritiers doivent les reprendre en nature.

S'ils ſe trouvoient détériorés par le fait ou la faute du mari, le mari, de même que tout débiteur de corps certain, eſt tenu en ce cas de la ſomme à laquelle ſeront eſtimées les détériorations.

Si au contraire le mari avoit fait des méliorations, s'il les avoit faites du conſentement exprès de la femme, il devroit lui être fait raiſon du prix qu'elles ont coûté ; s'il ne juſtifioit pas les avoir faites du conſentement exprès de la femme, on devroit même, en ce cas, lui faire raiſon de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux ; ou du moins lui permettre de les enlever, en remettant l'héritage dans l'état auquel il étoit auparavant.

410. Lorſque le mari, pendant la communauté, a aliéné les héritages que la femme y a apportés, la femme qui exerce le droit de repriſe de

ſon apport, n'eſt pas fondée à les revendiquer contre les acquéreurs ; la clauſe pour la repriſe de l'apport doit ſe concilier avec la clauſe d'ameubliſſement.

L'intention des parties, dans la clauſe d'ameubliſſement, étant principalement de donner au mari la faculté de diſpoſer des héritages ameublis par ſa femme, & de les convertir en argent quand il en aura beſoin ; la clauſe de repriſe de l'apport qui doit ſe concilier avec elle, ne doit pas priver le mari de cette faculté : c'eſt pourquoi, lorſque le mari uſe du droit qu'il avoit de vendre les héritages ameublis par ſa femme, le droit de repriſe de la femme doit en ce cas ſe convertir au droit de repriſe de la ſomme que valoient leſdits héritages lors de l'aliénation que le mari en a faite.

Lorſque le mari les a vendus ſans fraude, la ſomme pour laquelle il les a vendus, eſt cenſée être la valeur deſdits héritages, & c'eſt de cette ſomme que la repriſe eſt dûe. Mais s'il paroiſſoit que le mari a vendu héritage à vil prix, en fraude de la repriſe, ſoit pour gratifier l'acquéreur, ſoit en recevant de lui ſecrétement des deniers d'entrée, la femme qui exerce la repriſe, n'eſt point obligée en ce cas de ſe tenir au prix porté par le contrat, & elle peut la demander ſuivant l'eſtimation qui en ſera faite.

Pareillement, ſi l'héritage ameubli, lorſqu'il a été vendu, étoit en mauvais état, on doit lorſque la femme ou ſes héritiers exerceront la repriſe, leur faire raiſon de qu'il auroit été plus vendu, s'il eût été dans l'état dans lequel le mari devoit l'entretenir.

Quoique la clauſe de repriſe de l'apport ne doive pas priver le mari de la faculté d'aliéner les propres ameublis de ſa femme ; néanmoins, comme cela pourroit être révoqué en doute, il eſt de la prudence, pour lever toute difficulté, de faire uſage de la clauſe indiquée par l'Auteur des Contrats de Mariage, que *le futur époux pourra librement diſpoſer de tout ce qui eſt ameubli, ſauf, en cas de repriſe de l'apport, à ſe pourvoir ſur les biens de la communauté ou du mari, pour le prix.*

411. La femme qui exerce la repriſe de ce qu'elle a apporté à la communauté, doit-elle faire déduction de ſes dettes paſſives qu'elle avoit lors de ſon mariage ? Lebrun, *ibidem*, *nomb.* 58, decide hardiment que, s'il n'y a pas une clauſe de ſéparation de dettes par le contrat de mariage, le mari ou ſes héritiers doivent rendre à la femme qui exerce la repriſe, tout l'actif qu'elle y a apporté, & que non-ſeulement il ne peut faire aucune déduction des dettes paſſives de la femme qu'il a payées, mais qu'il eſt même tenu de l'acquitter de celles qui ne ſont pas encore payées. Cette opinion de Lebrun eſt évidemment injuſte : par la convention qui accorde à la femme, en renonçant à la communauté, la repriſe de ce qu'elle y a apporté, on ne lui accorde la repriſe que de ce qu'elle a apporté *effectivement* : or la femme en apportant à la communauté l'univerſalité de ſes biens mobiliers, n'y a apporté d'effectif que de ce qui reſte, déduction faite de ſes dettes mobiliaires, qui en ſont une charge : *cùm bona non intelligantur niſi deducto ære alieno ;* elle ne doit donc les reprendre que ſous la déduction deſdites dettes, autrement elle reprendroit plus qu'elle n'a apporté.

Il en ſeroit autrement, ſi la repriſe n'étoit pas de l'univerſalité des biens que la femme a apportés en communauté ; mais d'une certaine ſomme, ou

de certaines choſes. Par exemple : *la future épouſe, en cas de renonciation à la communauté, reprendra la ſomme de* 6000 *livres, pour lui tenir lieu de ce qu'elle y a apporté*; ou bien, s'il étoit dit, *reprendra l'argenterie qu'elle y a apportée*; il n'eſt pas douteux, que dans l'un & l'autre de ces cas, la femme doit reprendre, ſans aucune déduction, ſoit la ſomme de 6000 livres, ſoit la valeur de l'argenterie qu'elle a apportée en communauté.

412. Lorſqu'une femme a apporté à la communauté, du mobilier & quelque héritage qu'elle y a ameubli, la repriſe qu'elle ſtipule de ſon apport, en cas de renonciation à la communauté, forme, lorſqu'elle eſt ouverte, une créance qui eſt créance mobiliaire, pour raiſon du mobilier qui a été apporté en communauté; & immobiliaire pour raiſon de l'héritage qui a été ameubli: c'eſt pourquoi ſi par le prédécès de la femme, le droit de repriſe a été ouvert au profit d'un enfant qui meurt peu après; le droit de repriſe, dans la ſucceſſion de cet enfant, eſt pour raiſon du mobilier qui a été apporté en la communauté, une créance mobiliaire à laquelle le mari débiteur de cette repriſe, comme héritier au mobilier de ſon enfant, ſuccede, & dont il ſe fait en conſéquence confuſion & extinction; mais la repriſe par rapport à l'héritage qui a été ameubli, étant une créance immobiliaire, eſt dans la ſucceſſion de l'enfant, par rapport audit héritage, un propre maternel, auquel ſuccedent les héritiers aux propres maternels de cet enfant, leſquels en leurdite qualité, ont droit de reprendre le propre ameubli.

## ARTICLE VII.

### *De la convention du préciput.*

413. On appelle préciput en matiere de communauté, ce que le ſurvivant a droit de prélever ſur les biens de la communauté, lors du partage qui en eſt à faire.

Il y a deux eſpeces de préciput; le préciput légal, & le préciput conventionnel.

### §. I.

### *Du préciput légal.*

414. Le préciput légal, eſt le droit que pluſieurs Coutumes accordent au ſurvivant de deux conjoints nobles, de prélever au partage qui eſt à faire des biens de leur communauté, les biens meubles dépendans de leur communauté, ſous certaines charges.

La Coutume de Paris eſt du nombre de celles qui accordent ce préciput au ſurvivant noble. Voici comme elle s'en explique en l'*art.* 238 : » Quand » l'un de deux conjoints nobles, demeurans tant en la ville de Paris que » dehors, vivans noblement, prédécede, il eſt en la faculté du ſurvivant de » prendre & accepter les meubles, étant hors la ville & fauxbourgs de » Paris, ſans fraude; auquel cas il eſt tenu payer les dettes mobiliaires, & » les obſeques & ſunérailles d'icelui trépaſſé, ſelon ſa qualité, s'il n'y a » enfans, & s'il y a enfans, partiſſent par moitié. »

La Coutume de Paris differe des autres Coutumes qui accordent ce préciput, en ce que celle de Paris n'y fait entrer que les meubles qui ſont

hors la ville & fauxbourgs de Paris ; au lieu que les autres y font entrer indiſtinctement tous les meubles.

Notre Coutume d'Orléans n'accorde aucun préciput.

415. Pour qu'il y ait lieu à ce préciput légal, il faut que cinq choſes concourent.

*Primò.* Il faut que les conjoints aient leur domicile ſous une Coutume qui accorde ce préciput. La raiſon eſt que les meubles n'ayant aucune ſituation, ils ne peuvent être régis que par la Loi qui régit la perſonne à qui ils appartiennent, qui eſt celle de ſon domicile.

Eſt-ce au temps du contrat de mariage qu'il faut que les conjoints aient eu leur domicile, ſous une Coutume qui accorde ce préciput ; ou eſt-ce au temps du prédécès de l'un des conjoints ?

Pour le temps du contrat de mariage, on dit que c'eſt la Loi du domicile que l'homme avoit lors du contrat de mariage, ou à défaut de contrat, lors de la célébration du mariage, qui regle la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

Les parties ſont cenſées être du moins virtuellement convenues d'établir entr'elles une communauté de biens, telle que la Coutume de ce domicile l'établit, ſuivant la regle, *in contractibus tacitè veniunt ea quæ ſunt moris & conſuetudinis :* elles ſont cenſées être virtuellement convenues de la compoſer des choſes dont cette Coutume la compoſe, de la partager de la maniere dont elle le preſcrit, & par conſéquent elles ſont cenſées convenues du préciput qu'elle accorde au ſurvivant noble, lors de ce partage ; elles ne peuvent donc plus, en transférant leur domicile ailleurs, déroger à cette convention, & le ſurvivant de deux conjoints nobles mariés ſous une Coutume qui accorde ce préciput, doit l'avoir, quoique lors de la diſſolution de communauté, il ait ſon domicile ſous une autre Coutume qui ne l'accorde pas. *Contrà vice verſâ.* Si lors du mariage, l'homme étoit domicilié ſous une Coutume qui n'accorde pas ce préciput, le ſurvivant ne peut pas le prétendre, quoique lors de la diſſolution de communauté, il demeure ſous une Coutume qui l'accorde ; les parties étant cenſées avoir établi leur communauté ſuivant la Coutume que l'homme avoit lors de leur mariage, laquelle ne l'accorde pas.

Au contraire, pour le temps du prédécès, on dit, que la diſpoſition des Coutumes qui accordent au ſurvivant de deux conjoints nobles, les meubles, n'a pas pour objet principal la matiere de la communauté ; mais plutôt une eſpece de gain de ſurvie, qu'elle défere au ſurvivant de deux conjoints nobles, des meubles du prédécédé ; ce gain de ſurvie étant déféré au ſurvivant par le prédécès de l'autre, c'eſt au ſeul temps de ce prédécès qu'il ſuffit que les parties ſoient régies par la Coutume qui le défere.

C'eſt l'avis de Lebrun, Traité de la Communauté, *L.* 3, *ch.* 2, *ſect.* 1 & 4, *n.* 26, & de ſon Annotateur, *ibidem* ; de Bacquet, Traité des Droits de Juſtice, *ch.* 21, *n.* 75 ; de Lemaitre ſur Paris, *&c.*

416. Lorſque par le contrat de mariage d'un noble Orléanois avec une Demoiſelle de Chartres, il eſt dit qu'il y aura communauté entre les conjoints, ſelon la Coutume de Chartres, à laquelle les parties ſe ſoumettent ;

cette convention ſuffit-elle pour que le ſurvivant domicilié à Orléans, dont la Coutume n'accorde aucun préciput, puiſſe prétendre celui que la Coutume de Chartres accorde au ſurvivant noble? Cette queſtion dépend de la précédente. Si la diſpoſition de la Coutume de Chartres, qui accorde au ſurvivant de deux conjoints nobles, les meubles, étoit cenſée avoir pour objet principal la matiere de la communauté, & de régler comment le partage doit s'en faire lors de ſa diſſolution; en ce cas les parties en déclarant qu'elles ſe ſoumettent pour leur communauté à la Coutume de Chartres, devroient être cenſés implicitement convenues entr'elles de ce qui eſt porté par cette diſpoſition, & le ſurvivant ſeroit, en vertu de cette convention implicite, fondé à prétendre tous les meubles; mais ſi au contraire, ſuivant l'opinion la plus autoriſée, cette diſpoſition qui accorde tous les meubles au ſurvivant, quoiqu'inſérée ſous un titre qui traite de la communauté, n'a pas néanmoins pour objet principal, la matiere de la communauté, mais plutôt une eſpece de gain de ſurvie, qu'elle défére au ſurvivant de deux conjoints nobles; les parties en ce cas, en ſoumettant leur communauté à la Coutume de Chartres, ne ſont pas cenſées pour cela être convenues de ce qui eſt porté par cette diſpoſition; & le ſurvivant, qui au temps du prédécès, n'a pas ſon domicile ſous la Coutume de Chartres, ne peut profiter de la diſpoſition de cette Coutume, nonobſtant la ſoumiſſion portée par le contrat de mariage à la Coutume de Chartres, pour le fait de communauté.

417. Il faut en ſecond lieu que les conjoints ſoient nobles.

Obſervez que la veuve d'un homme noble qui lui ſurvit, quoiqu'elle ſoit de naiſſance roturiere, eſt néanmoins admiſe à ce préciput des nobles: car en ſe mariant à un homme noble, elle eſt devenue participante de la nobleſſe de ſon mari.

*Contra vice verſâ.* Une femme de naiſſance noble, qui ſurvit ſon mari roturier, n'eſt pas admiſe à ce préciput, quoique par la diſſolution du mariage, elle recouvre ſa nobleſſe, qui n'étoit qu'éclipſée pendant le mariage. La raiſon eſt que les Coutumes requiérent la nobleſſe, non-ſeulement dans la perſonne du ſurvivant, mais dans les deux conjoints. La Coutume dit, *quand l'un des deux conjoints nobles.*

Eſt il néceſſaire que les conjoints fuſſent nobles dès le temps qu'ils ont contracté leur mariage; ou s'il ſuffit qu'ils le ſoient lors du prédécès? Cette queſtion dépend encore des précédentes. Si on décide dans les queſtions précédentes, que ce préciput ne naît d'aucune convention, au moins virtuelle entre les conjoints, lors de leur mariage, mais que c'eſt un ſimple gain de ſurvie de la part des meubles du prédécédé, que la Coutume défére au ſurvivant; on doit décider dans cette queſtion, qu'il ſuffit que les conjoints le ſoient lors du prédécès de l'un d'eux, qui donne ouverture au profit du ſurvivant à cette eſpece de gain de ſurvie.

418. Il faut, en troiſieme lieu, qu'il y ait eu communauté de biens entre les conjoints, qui ſubſiſte au temps du prédécès. C'eſt ce qui paroît par les termes de l'*art.* 131 de l'ancienne Coutume de Paris: *Entre nobles, quand l'un de deux conjoints va de vie au trépas, le ſurvivant peut, ſi bon lui ſemble,*

*prendre les meubles & créances demeurées de ſon décès, & qui* COMMUNS *étoient entr'eux & dont ils jouiſſoient au temps d'icelui trépas.* Quoique ces termes, *& qui communs étoient*, ne ſe trouvent pas dans l'article de la nouvelle Coutume, ils doivent y être ſuppoſés, n'ayant été omis que pour abréger, ne paroiſſant pas par le procès-verbal, qu'on ait voulu faire à cet égard aucune innovation. D'ailleurs, à prendre l'article de la nouvelle Coutume tel qu'il eſt conçu, il paroît qu'il eſt dans l'eſpece d'une communauté ſubſiſtante au temps du prédécès, puiſqu'il eſt dit en fin de cet article, que les meubles, *s'il y a enfans, ſe partiſſent par moitié.*

Il n'y a donc pas lieu à ce gain de ſurvie, 1°. lorſque par le contrat de mariage il y avoit excluſion de communauté; 2°. lorſque la communauté ayant été diſſoute par une ſéparation, ne ſubſiſtoit plus au temps du prédécès.

419. Y a-t-il lieu en cas de renonciation à la communauté? Il eſt évident que lorſque c'eſt le mari qui a ſurvécu, la rénonciation qui eſt faite par les héritiers de la femme à la communauté, fait ceſſer ce gain de ſurvie; car au moyen de cette rénonciation, la femme prédécédée n'a aucune part dans les meubles de la communauté, qui puiſſe être déférée au mari ſurvivant; il retient de ſon chef le total, *jure non decreſcendi.*

Lorſque c'eſt la femme qui ſurvit, Lebrun, *ibidem*, *n.* 28, décide, que ſi elle renonce à la communauté, elle ne peut prétendre ce gain de ſurvie; c'eſt auſſi l'avis de Dupleſſis. La raiſon eſt que lorſqu'une femme a rénoncé à la communauté, elle eſt cenſée n'y avoir jamais eu aucune part; tous les biens de la communauté demeurent au mari, *jure non decreſcendi*, & ſont cenſés n'avoir jamais été communs; la femme qui a rénoncé ne peut donc pas prétendre ces meubles; car les Coutumes ne déferent au ſurvivant la ſucceſſion, que des meubles *communs* entre le prédécédé & lui.

420. Il faut, en quatrieme lieu, qu'il n'y ait point d'enfans. L'*art.* 238 de la Coutume de Paris dit expreſſément, *pourvu qu'il n'y ait enfans, & s'il y a enfans, partiſſent par moitié.*

Ces termes comprennent les petits-enfans; un enfant du prédécédé, en quelque dégré qu'il ſoit, fait défaillir cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans.* L. 1, *cod. de condit. inſert. &c.* & exclut par conſéquent le ſurvivant.

Un poſthume qui naît vivant & à terme, fait auſſi défaillir cette condition: *Non intelligitur ſine liberis deceſſiſſe qui prægnantem uxorem reliquit, ſi quis prægnantem uxorem reliquit, non videtur ſinè liberis deceſſiſſe:* L. 187, ff. *de reg. jur. Intelligendus eſt* (*enim*) *mortis temporis fuiſſe qui in utero relictus eſt*; L. 153, ff. *de verb. ſignif.*

421, Pour que le ſurvivant ſoit exclus par les enfans, ou l'enfant du prédécédé, il n'importe auſſi que ce ſoit des enfans communs, ou des enfans que le prédécédé ait eu d'un précédent mariage; car ayant un droit égal aux biens du prédécédé de quelque mariage qu'ils ſoient nés, ils doivent avoir un droit égal d'en exclure le ſurvivant. C'eſt pourquoi Dumoulin, ſur ces termes de l'ancienne Coutume dit, ce qui s'entend *ex quocumque ipſius matrimonio.*

422. Il n'y a que les enfans du prédécédé qui jouiſſent de l'état civil, qui veulent exclure le ſurvivant; ceux qui lors du prédécès l'avoient déja

perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale, étant censés n'avoir aucune existence dans la société civile, ne peuvent avoir le droit d'exclure le survivant.

Si l'enfant que le prédécédé a laissé, n'avoit été condamné que par contumace à une peine capitale, par un jugement exécuté avant la mort du prédécédé, le droit du survivant seroit en suspens ; s'il mouroit après les cinq ans, sans s'être représenté, il seroit censé mort civilement, dès l'exécution du jugement, & il n'auroit pu, par conséquent, faire obstacle au survivant ; au contraire, s'il étoit mort dans les cinq ans, le jugement de contumace rendu contre lui, étant en ce cas anéanti, la succession du prédécédé seroit censée lui avoir été déférée, & il auroit exclus le survivant.

423. Si le prédécédé n'a laissé qu'un enfant qu'il a exhérédé pour une juste cause, cet enfant quoiqu'exhérédé fait-il défaillir la condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans ?* On peut citer pour l'affirmative la Loi 114, §. 13, ff. *de leg.* 1°. où il est dit : *quum erit rogatus, si finè liberis decesserit fideicommissum restituere, conditio defeciſſe videbitur si patri supervixerint liberi ; nec quæritur an heredes extiterint.* Pour la négative, on peut dire au contraire, que la Coutume par ces termes, *pourvu qu'il n'y ait enfans*, n'a entendu parler que des enfans capables de succéder au prédécédé ; car elle n'a apporté cette condition, que parce qu'elle a voulu préférer au survivant les enfans du prédécédé, pour la part que le prédécédé avoit dans les meubles communs ; mais elle n'a entendu lui préférer que ceux qui étoient capables d'y succéder, & non celui que l'exhérédation en a rendu incapable.

424. Il n'en est pas de même de l'enfant qui a renoncé à la succession du prédécédé : il suffit pour faire défaillir la condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans*, que le prédécédé ait laissé un enfant à qui la succession ait été déférée, & qui ait pu la recueillir.

425. Lorsque le prédécédé n'a point laissé d'enfans, ceux que le survivant auroit d'un précédent mariage, font-ils défaillir la condition, *pourvu qu'il n'y ait pas d'enfans ?* Il est étonnant que Lebrun, *ibidem*, *n.* 31, & Dupleſſis, proposent cette question, & il l'est encore plus qu'ils la décident pour l'affirmative ; il est au contraire de la dernière évidence que cette condition ne peut être entendue que des enfans du prédécédé, qui sont les seuls en faveur de qui elle a pu être apposée ; ceux du survivant n'ayant aucun intérêt à la disposition de cet article : l'*art.* 131 de l'ancienne Coutume s'en expliquoit formellement, il portoit, *pourvu qu'il n'y ait enfans du trépassé* ; si dans la nouvelle Coutume, ces mots *du trépassé* ne se trouvent plus, ce n'est que pour abréger qu'on les a retranchés, comme superflus : elle fait d'ailleurs assez entendre, qu'elle ne parle que des enfans *du trépassé*, par ce qui suit, *& s'il y a enfans, partissent par moitié ;* ceux du survivant n'ayant pas de partage à faire avec lui. La seule raison que Lebrun & Dupleſſis alléguent pour leur opinion, est que ce préciput, disent-ils, doit être égal & respectif, comme le don mutuel ; mais sur quoi cela est-il fondé ?

426. Enfin, il faut, en cinquieme lieu, que les parties n'aient pas par leur contrat de mariage, rénoncé à ce préciput que les Coutumes accordent aux survivans nobles : cette convention est très-licite ; on peut valablement

ment renoncer aux dispositions des loix qui ne concernent que l'intérêt des particuliers qui y renoncent ; L. 31, ff. *de pact.*

427. Les parties qui par leur contrat de mariage, conviennent d'un certain préciput qu'aura le survivant, sont-elles censées, par cela seul, renoncer au préciput légal ? Non ; mais, dira-t-on, convenir par un contrat de mariage, que le survivant aura par préciput des meubles de la communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme, c'est bien convenir qu'il n'en prendra pas plus, & par conséquent qu'il ne prendra pas le total desdits meubles que les Coutumes déferent au survivant. Je réponds par une distinction. Convenir que le survivant prendra à titre de préciput conventionnel, des meubles de la communauté, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, c'est convenir qu'il n'en prendra pas au-delà de cette somme. Je distingue : c'est convenir qu'il n'en prendra pas au-delà de cette somme à ce titre, je l'avoue; à un autre titre, je le nie : or la disposition de la Coutume qui donne au survivant de deux conjoints nobles, le droit de prendre le total des meubles de la communauté, à la charge des dettes mobiliaires de ladite communauté, est un titre entiérement différent du titre que forme la convention du préciput portée par le contrat : la disposition de la Coutume est un avantage que la Loi fait au survivant ; c'est un titre universel auquel est attachée la charge des dettes de la communauté ; au contraire, le titre qui resulte d'une convention de préciput, portée par un contrat de mariage, est un avantage que les conjoints se font réciproquement ; ce n'est point un titre universel, ce n'est pas un titre auquel soit attachée la charge de payer les dettes ni aucune autre charge.

428. Après avoir vu quelles sont les cinq choses qui doivent concourir pour qu'il y ait lieu au préciput légal, que plusieurs Coutumes accordent au survivant de deux conjoints nobles, il nous reste à voir quelles sont les choses dans lesquelles il consiste, & quelles en sont les charges.

Il consiste dans les meubles de la communauté qui se trouvent lors du prédécès; ces Coutumes donnent au survivant la part qu'y avoit le prédécédé.

Toutes ces Coutumes, à l'exception de celle de Paris, les donnent au survivant sans en rien excepter ; celle de Paris en excepte ceux qui lors du prédécès, se trouvent dans la ville de Paris & dans les Fauxbourgs : elle s'exprime ainsi en l'*art.* 238 : *il est en la faculté du survivant de prendre & accepter les meubles étant* HORS LA VILLE ET FAUXBOURGS DE PARIS, *sans fraude.*

La raison de cette exception vient apparemment, de ce que le luxe ayant commencé à Paris avant que de se répandre dans les Provinces, on a cru que les meubles que les personnes demeurantes à Paris, auroient dans Paris, seroient souvent d'un prix trop considérable pour en gratifier le survivant au préjudice des héritiers du prédécédé : c'est pour cette raison que la Coutume de Paris a voulu que le survivant de deux conjoints nobles, sans enfans, n'eût *que les meubles étant hors la ville & fauxbourgs de Paris, sans fraude.*

Ces termes *sans fraude*, tombent sur les meubles qu'on avoit coutume de laisser à Paris, & que le survivant n'avoit fait transporter ailleurs que

dans la vue d'en profiter à la mort du prédécédé; ce qui se présume, lorsqu'on les en a transportés pendant la derniere maladie du prédécédé.

429. On a agité la question, si à l'exception des meubles corporels, qui se trouvent à Paris, lors de la mort du prédécédé, & de ceux qui en auroient été transportés en fraude, la Coutume donne généralement au survivant tous les autres effets mobiliers de la communauté, les incorporels, telles que sont les dettes actives mobiliaires, aussi bien que les meubles corporels? Lebrun, *ibidem*, *n.* 41 & 42; Auzanet, Duplessis & Lemaistre, pensent que la Coutume n'accorde au survivant que les meubles matériels & corporels, parmi lesquels ils comprennent l'argent comptant qui se trouve hors de Paris, & qu'elle ne lui accorde point les dettes actives mobiliaires. Ces Auteurs se fondent sur ces termes de l'*art* 238, *étant hors la ville, &c.* Ces termes *étant*, disent-ils, désignent des meubles qui *sont* dans un lieu, & ne peuvent par conséquent s'appliquer aux meubles incorporels, lesquels ne subsistent que dans l'entendement, & ne sont dans aucun lieu. Lebrun ajoute qu'en Droit, les droits & biens incorporels, sont une troisiéme espece des biens, distinguée des biens corporels & des biens-fonds; *L. A. D. Pio*, 15, §. 2, ff. *de re judic.* & ne doivent pas par conséquent être compris sous le terme de *meubles*. Néanmoins Dumoulin agitant cette question sur l'*art.* 116 de l'ancienne Coutume de Paris, (1) conçue dans les mêmes termes que le 238^e^. de la nouvelle, après avoir rapporté pour raison de douter celles sur lesquelles Lebrun fonde son opinion, décide que la Coutume comprend, non-seulement les meubles matériels & corporels, mais pareillement les incorporels, c'est-à-dire, les créances mobiliaires.

Dumoulin s'explique sur cette question d'une maniere trop énergique, pour ne pas rapporter ses propres termes: » Reste une difficulté, dit-il, si » le survivant a seulement les meubles corporels & matériels étant hors la » Ville & Fauxbourgs, sans fraude, & sans qu'il puisse rien prétendre aux » créances & dettes actives, combien qu'elles procedent de choses étant » hors la Ville; il est bien clair: *Quod in terminis juris, appellatione mobilium simpliciter, non veniunt nomina*; *L. A. D. Pio*, ff. *de re judic.*; encore moins, *quandò additur circumstantia quæ non congruit nominibus, prout* » *situs loci*, comme *ibi* meubles étant hors la Ville; mais il y a bien autre raison de présent; car les Coutumes de France ne sont pas Statuts » d'Italie, & ne se restreignent *ad modum loquendi & intelligendi juris Romani*, mais s'entendent, *secundùm modum loquendi & utendi* de France & » des Coutumes, lesquelles quand elles disposent des meubles, elles comprennent aussi les dettes actives mobiliaires, *etiam alio non addito.*

Dumoulin, après avoir prouvé cela par des exemples, ajoute, » *quantò* » *fortius*, quand il y a la charge expresse de payer les dettes mobiliaires; » car cela montre bien, *per locum & argumentum à correlativis*, que sous ce » mot viennent les créances ou dettes actives; autrement n'y auroit propos » qu'il payât les passives; ce seroit contre la regle & raison naturelle & incommutable; *de quâ in L. secundùm naturam*, ff. *de reg. jur.*

(1) Il porte, il est en la faculté du survivant d'accepter les meubles étant hors ladite ville & fauxbourgs de Paris, sans fraude.

Cet argument de Dumoulin me paroît très-fort; la charge des dettes paſſives, impoſée par la Coutume au ſurvivant, étant une charge de l'univerſalité des meubles, qui comprend les incorporels & les corporels, démontre ſuffiſamment que par le terme *de meubles*, c'eſt cette univerſalité qui comprend les incorporels & les corporels que la Coutume a entendu déférer au ſurvivant.

Ajoutez que l'*art.* 131 de l'ancienne Coutume de Paris s'étoit expliqué formellement ſur les créances; il y eſt dit: *entre nobles, quand l'un des deux conjoints va de vie à trépas, le ſurvivant peut prendre les meubles & créances demeurées de ſon décès.* Si dans l'*art.* 238 de la nouvelle Coutume, dans lequel on a réuni cet *art.* 131, qui concernoit les nobles demeurant ſous le reſſort de la Coutume de Paris, mais hors la ville de Paris, & le 116 qui concernoit les nobles Bourgeois de Paris, ces termes *& créances*, ne ſe trouvent pas, on peut dire qu'ils n'ont été retranchés que pour abréger, comme ſuperflus, & étant ſuffiſamment compris ſous le terme général de *meubles*.

430. Le préciput légal comprend non-ſeulement les dettes actives & créances que la communauté a contre des tiers, elle comprend pareillement celles qu'elle a contre les conjoints. Suppoſons, par exemple, que le ſurvivant fût débiteur envers la communauté d'une récompenſe de 20000 livres, pour pareille ſomme tirée de la communauté, ſoit pour impenſes faites ſur ſes héritages propres, ſoit pour acquitter ſes dettes mobiliaires antérieures au mariage, & excluſes de la communauté par une clauſe de ſéparation de dettes, ſoit pour d'autres cauſes, & que compenſation faite de ladite ſomme de 20000 livres, avec une ſomme de 12000 liv. à laquelle je ſuppoſe que montent les créances que le ſurvivant a contre la communauté pour ſes repriſes, le ſurvivant ſe trouve réliquataire d'une ſomme de 8000 livres; le ſurvivant, en acceptant le préciput légal, devient quitte de ce réliquat de 8000 livres, & il s'en fait confuſion: car la créance que la communauté avoit contre lui pour ce réliquat, étant un effet actif mobilier de la communauté, elle entre dans ſon préciput légal.

431. A l'égard de l'exception que la Coutume de Paris fait des meubles de Paris, Dumoulin obſerve fort bien qu'on doit comprendre dans cette exception, non-ſeulement les meubles corporels qui ſont à Paris, mais pareillement les créances qui procéderoient de choſes qui ſont à Paris; tels que ſont, par exemple, des loyers qui ſe ſeroient trouvés dûs lors du prédécès, pour des maiſons de Paris, & des profits Seigneuriaux de cenſives étant dans la ville & fauxbourgs de Paris.

432. Si des conjoints Pariſiens avoient coutume de porter à leur terre, lorſqu'ils y vont paſſer un certain temps de l'année, quelques-uns de leurs meubles de Paris, *putà*, leur argenterie, & de les remporter lorſqu'ils y retournent, l'un d'eux venant à prédécéder pendant leur ſéjour à la campagne, cette argenterie qui ſe trouve à la campagne, pourroit-elle être prétendue par le ſurvivant? La raiſon de douter eſt qu'elle ſe trouve ſans fraude hors de Paris; le ſurvivant qui ne prévoyoit pas le décès de l'autre conjoint, ne l'ayant pas portée hors de Paris, en fraude, & à deſſein d'en profiter: la raiſon de décider au contraire, que cette argenterie ne peut

être prétendue par le ſurvivant, eſt qu'ayant coutume d'être à Paris, d'où elle n'a été tranſportée que dans l'intention de l'y remporter, elle eſt par ſa deſtination un meuble de Paris, & par conſéquent dans le cas de l'exception. Cela eſt fondé ſur cette régle de Droit : *Rebus quæ in fundo ſunt, accedunt etiam quæ tunc non ſunt, ſi eſſe ſolent* ; L. 78, §. 7, ff. *de leg.* 3°.

Il en ſeroit autrement d'une argenterie que les conjoints ſeroient dans l'uſage de laiſſer à leur terre, ſous la garde d'un Concierge, lorſqu'ils s'en retournent à Paris; il n'eſt pas douteux que c'eſt un meuble, *étant hors la ville de Paris*, qui ne peut être conteſté au ſurvivant.

Quant même on auroit fait venir à Paris quelque piece de cette argenterie, *putà*, pour la faire raccommoder, & dans l'intention de la renvoyer à la campagne ; quoiqu'elle ſe trouvât à Paris, lors du décès, on ne pourroit la conteſter au ſurvivant ; cette choſe ne ſe trouvant à Paris que par accident, elle n'eſt pas un meuble de Paris ; mais elle eſt par ſa deſtination un meuble *étant hors de la ville* de Paris.

Il en eſt de même lorſque des conjoints ſont revenus à Paris avec les chevaux qui ſervent à l'exploitation de leur terre : quoique le décès de l'un d'eux ſoit arrivé auſſi-tôt après leur retour à Paris avant que les chevaux en aient été renvoyés ; ces chevaux qui ne ſe trouvent à Paris que par accident ſont cenſés, à cauſe de leur deſtination, meubles de campagne ; meubles étant *hors la ville* de Paris, & on ne peut conſéquemment les conteſter au ſurvivant.

433. Lorſqu'un Pariſien, après avoir fait emplette à Rome de tableaux de grand prix, pour les placer dans ſon hôtel à Paris, vient à perdre ſa femme, pendant que les tableaux ſont encore en chemin, peut-il les prétendre comme meubles étant hors la ville de Paris ? je le penſe ; car quoiqu'ils fuſſent deſtinés à être *meubles de Paris*, ils ne l'étoient pas encore : lorſque des meubles de Paris ſont tranſportés de Paris dans un autre lieu, avec intention de les y faire revenir, cette deſtination leur conſerve bien la qualité *de meubles de Paris* qu'ils avoient déja ; mais la deſtination ne peut pas donner à des meubles la qualité de meubles de Paris avant qu'ils y ſoient arrivés. Voyez *ſuprà*, *n.* 39.

434. Les meubles du prédécédé, que les Coutumes accordent au ſurvivant de deux conjoints nobles, ſont ſeulement ceux de leur communauté ; pluſieurs Coutumes s'en expliquent formellement, & on le doit ſuppoſer dans celles qui ne s'en expliquent pas L'*art.* 131 de l'ancienne Coutume s'en explique formellement ; il y eſt dit, *demeurés de ſon décès, & qui étoient communs entr'eux* ; ce n'eſt que pour abréger qu'ils ont été retranchés dans l'article 238 de la nouvelle.

Sur les meubles tant corporels qu'incorporels, dont la communauté eſt compoſée, Voyez *ſuprà*, *ch.* 2, *ſect.* 1, *art.* 1.

Les héritages ameublis ne ſont pas compris ſous le nom de meubles.

435. Il nous reſte à parler des charges. L'article 238 de Paris, dit : *auquel cas il eſt tenu payer les dettes mobiliaires, & les obſéques & ſunérailles d'icelui trépaſſé.*

Lebrun, *ibidem*, *n.* 36, eſtime que par ces termes le ſurvivant eſt chargé

indiſtinctement de toutes les dettes mobiliaires du prédécédé ; non-ſeulement de celles qui étoient dettes de communauté, mais même de celles qui étoient particulieres au prédécédé, *putà*, au moyen d'une clauſe de ſéparation de dettes. C'eſt auſſi l'avis de Dupleſſis ; Lemaiſtre penſe au contraire, que le ſurvivant n'eſt chargé, par cet article, que d'acquitter les héritiers du prédécédé, de la part des dettes de la communauté, dont la ſucceſſion eſt tenue. Son opinion me paroît préférable ; la Coutume ne faiſant pas ſuccéder par cet article le ſurvivant indiſtinctement à l'univerſalité des biens meubles du prédécédé, mais ſeulement à l'univerſalité des biens meubles de la communauté, pour la part qu'y avoit le prédécédé, comme nous l'avons vu au nombre précédent, il ne doit pas être préſumé avoir été chargé d'autres dettes mobiliaires, que de celles de la communauté, qui ſont les ſeules qui ſoient une charge de l'univerſalité des biens de la communauté, à laquelle il ſuccéde au prédécédé pour la part qu'il y avoit ; le ſurvivant n'étant donc tenu que des dettes de la communauté, par la nature de la choſe à laquelle il ſuccéde, pour qu'il pût être réputé tenu des autres, il eût fallu que la Coutume s'en fût expliquée d'une maniere plus formelle ; ce que n'ayant pas fait, les dettes mobiliaires dont elle le charge, doivent être entendues, *ſecundùm ſubjectum materiam*, de celles de la communauté.

Suivant ce principe, ſi la ſucceſſion du prédécédé étoit débitrice envers le ſurvivant, *putà*, pour une donation que le prédécédé auroit faite au ſurvivant, de quelque ſomme d'argent ou de choſes mobiliaires, ou pour des récompenſes mobiliaires que le prédécédé devoit à la communauté, il ne s'en fera pas de confuſion ; & le ſurvivant, quoiqu'il accepte le préciput légal, ne laiſſera pas d'en demeurer créancier ; car ces dettes ſont bien des dettes mobiliaires de la ſucceſſion du prédécédé, mais elles ne ſont pas dettes de la communauté, qui ſont les ſeules dont le ſurvivant qui accepte le préciput légal, eſt tenu d'acquitter la ſucceſſion du prédécédé.

436. Quoique la créance qu'a le ſurvivant pour la repriſe de ſes deniers exclus de la communauté par une convention de réaliſation, ou pour le remploi du prix de ſes propres, ſoit une dette de la communauté, néanmoins il n'en eſt pas chargé par cet article ; mais ce n'eſt pas par les raiſons qu'en donne Lebrun, qui dit : que c'eſt *parce que la communauté n'en eſt que dépoſitaire & qu'elles ſe prennent par diſtraction, & par délibation.* C'eſt parler très-improprement, que de dire que la communauté n'en eſt que dépoſitaire. Un dépoſitaire eſt celui qui garde la choſe d'autrui ſans pouvoir s'en ſervir, pour la remettre en nature à celui qui l'a confiée à ſa garde. Ce n'eſt point de cette maniere que la communauté a les ſommes de deniers que chacun des conjoints s'eſt réſervé propre, ou qui proviennent du prix de ſes propres aliénés durant le mariage : elles s'emploient pour les affaires de la communauté, qui eſt obligée d'en rendre autant lors de ſa diſſolution à celui des conjoints à qui elles appartiennent, ou à ſes héritiers : la communauté n'en eſt donc pas dépoſitaire ſimplement, elle en eſt véritablement débitrice : les créances qu'a le ſurvivant pour la repriſe de ſes deniers ſtipulés propres, ou pour le remploi du prix de ſes propres, ſont donc de véritables dettes de la communauté, dont les héritiers du prédécédé ſont débiteurs pour la part qu'ils ont dans la

communauté ; ſi ces repriſes s'acquittent lors du partage des biens de la communauté *par délibation* & prélevement ſur les biens de la communauté, elles n'en ſont pas moins des dettes de la communauté : elles le ſont ſi bien, qu'à l'égard de celles de la femme, le mari & ſes héritiers en ſont tenus envers la femme ou ſes héritiers, quand même il n'y auroit pas de biens dans la communauté de quoi les acquitter ; les créances qu'a le ſurvivant pour ſes repriſes & pour le remploi du prix de ſes propres aliénés, ſont donc véritablement des dettes de la communauté ; ſi en acceptant les meubles, il ne les confond pas, & s'il n'eſt pas obligé d'en acquitter la ſucceſſion du prédécédé pour la part dont elle en eſt tenue. La ſeule véritable raiſon eſt que ces créances, quoiqu'elles ſoient dans la vérité, créances mobiliaires, ſont entre les conjoints, réputées pour immeubles fictifs, que le ſurvivant, chargé ſeulement des dettes *purement* mobiliaires, n'eſt pas tenu d'acquitter.

437. Le ſurvivant qui prend les meubles, confond-t-il le préciput conventionnel ſtipulé à ſon profit par le contrat de mariage ? Lebrun, *ibidem*, *n.* 21, fait une diſtinction : il convient que lorſque le préciput conventionnel conſiſte en une ſomme de deniers, le ſurvivant doit le confondre, parce que c'eſt en ce cas une dette mobiliaire de la communauté, dont il doit acquitter la ſucceſſion du prédécédé, pour la part dont elle en eſt tenue ; mais lorſque le préciput conſiſte en meubles, que le ſurvivant pourra prendre juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, cet Auteur prétend que le ſurvivant qui prend le préciput légal, ne confond point ce préciput conventionnel qu'il peut prendre dans les meubles qui ſont à Paris, leſquels n'entrent pas dans le préciput légal : *la raiſon*, dit-il, *eſt que le préciput conventionnel n'eſt point* (en ce cas) *une dette mobiliaire, mais une diſtraction de certains meubles.*

Je réponds, qu'il eſt faux que le préciput de *choſes* ne ſoit pas une dette mobiliaire de la communauté ; il n'eſt pas moins une dette que le préciput d'une ſomme d'argent : la ſeule différence qu'il y a, eſt que celui-ci eſt une dette *quantitatis*, & que le préciput de *choſes* eſt une dette *ſpecierum*. Le préciput de choſes, de même que le préciput d'une ſomme, naît de la convention par laquelle les parties contractantes s'obligent réciproquement envers le ſurvivant, de lui laiſſer prélever lors du partage de la communauté, les choſes portées par la convention. Cette convention forme donc une obligation : le préciput de choſes eſt donc une dette ; car dette & obligation, c'eſt bien la même choſe ; c'eſt une dette de communauté, puiſque c'eſt ſur les biens de la communauté qu'elle doit être acquittée ; c'eſt une dette mobiliaire, puiſque les choſes qui en ſont l'objet, ſont des choſes mobiliaires ; le ſurvivant qui prend les meubles, doit donc confondre ce préciput. L'article 238, qui le charge de toutes les dettes mobiliaires, comprend dans la généralité de ſes termes, toutes les dettes mobiliaires de la communauté, de quelque eſpece qu'elles ſoient, les dettes *ſpecierum*, auſſi-bien que les dettes *quantitatis*. Dupleſſis eſt de notre avis.

438. La charge d'acquitter les frais funéraires du prédécédé, eſt une charge que les Coutumes ont jugé à propos d'impoſer au préciput légal, quoique cette charge ne ſoit pas une charge de la communauté, mais de la ſucceſſion du prédécédé.

Le deuil que la femme ſurvivante a droit d'exiger des héritiers du prédécédé, eſt cenſé faire partie de ces frais funéraires. C'eſt pourquoi elle le confond lorſqu'elle prend le préciput légal.

Quelques Coutumes chargent auſſi le ſurvivant qui prend le préciput légal, de l'acquittement des legs faits par le prédécédé, qu'elles appellent *pies*, *pieux*, *piteux*, ou *pitoyables*; ce ſont ceux qui contiennent des aumônes faites aux pauvres, ou ceux faits à des Egliſes pour des prieres; cela ne doit s'entendre que de legs modiques.

Cette charge des legs pieux, n'a lieu que dans les Coutumes qui en ont une diſpoſition expreſſe: hors ces Coutumes, le prédécédé ne peut diminuer en rien par des diſpoſitions teſtamentaires, le préciput du ſurvivant, ce ſont les héritiers du prédécédé qui ſont ſeuls chargés de les acquitter.

439. Il reſte une queſtion, qui eſt de ſçavoir ſi le ſurvivant, après avoir en majorité accepté le préciput légal, peut, lorſqu'il a fait un inventaire, ſe décharger des charges de ce préciput, en renonçant & en offrant de compter aux héritiers du prédécédé, de leur part dans les biens meubles de la communauté? Les Auteurs ſont encore partagés ſur cette queſtion: ceux qui tiennent la négative, tirent argument de ce qui s'obſerve à l'égard de la garde-noble: le gardien noble, après qu'il a une fois accepté la garde, ne peut plus ſe décharger de l'obligation qu'il a contractée en l'acceptant, d'acquitter les dettes mobiliaires du mineur, quoiqu'il offre abandonner tout l'émolument de la garde, & compter de tout ce qui lui eſt parvenu des biens & des revenus du mineur. On dit, au contraire, pour l'affirmative, qu'il y a une grande différence entre le préciput légal & la garde-noble. Le préciput légal eſt une pure donation que la Loi fait au ſurvivant de la part du prédécédé dans le mobilier de la communauté, à la charge de payer la part dudit prédécédé dans les dettes mobiliaires de ladite communauté. Or c'eſt un principe commun à tous les donataires, que le donataire, quoiqu'il ait accepté la donation, n'eſt tenu des charges de la donation, que juſqu'à concurrence de l'émolument, & qu'il peut ſe ſouſtraire aux charges en abandonnant les choſes données, & en comptant de tout ce qu'il a perçu de la donation; le ſurvivant qui a accepté le préciput légal, peut donc, de même que tous les autres donataires, ſe décharger des charges qui y ſont attachées en l'abandonnant: au contraire, la garde-noble n'eſt pas tant un don qu'une eſpece de marché que la Loi fait pour le mineur avec le gardien qui veut bien accepter la garde, par lequel elle lui abandonne les revenus des biens qu'avoit le mineur de la ſucceſſion du prédécédé, & dans quelques Coutumes ſes meubles, pour qu'il le rende à la fin de la garde, quitte de toutes dettes mobiliaires: qu'il lui remette ſes héritages en bon état, & qu'il lui donne une éducation convenable à un Gentilhomme. Ce marché eſt une eſpece de forfait, dont le profit qu'y peut faire le gardien, ou la perte, dépendent ſouvent de l'événement incertain du temps que durera la garde: or quand on a fait un marché, on n'eſt pas reçu à s'en départir pour éviter la perte qui s'y trouve: on ne peut donc tirer argument de la garde qui eſt un marché, au préciput légal qui eſt un don.

## §. II.

### *De la convention du préciput ; & du préciput conventionnel.*

440. C'eſt une convention très-ordinaire dans le contrat de mariage, que le futur époux, au cas de ſurvie, aura dans les biens de la communauté par préciput, ſes habits & linges à ſon uſage ; & ſes armes & chevaux, ſi c'eſt *un homme de guerre ;* ou *ſes livres*, ſi c'eſt un homme de lettres ; ou *ſes outils*, ſi c'eſt un artiſan. A l'égard de la femme, on ſtipule que la future épouſe aura pareillement, en cas de ſurvie, ſes habits, bagues & joyaux.

S'il étoit dit ſeulement *ſes habits*, les bagues & joyaux n'y ſeroient pas compris ; *& vice verſâ*, s'il étoit dit ſeulement *ſes bagues & joyaux*, les habits n'y ſeroient pas compris.

Ces termes *ſes habits*, comprennent tout ce qui ſert à couvrir le corps. Le terme *joyaux*, qui répond au terme latin *ornamenta*, comprend ce qui ſert à orner & parer une femme, plutôt qu'à la couvrir : *ornamenta muliebria ſunt, quibus mulier ornatur, veluti inaures, armillæ, viriolæ, annuli præter ſignatorios, & omnia quæ ad aliam rem nullam parantur, niſi corporis ornandi cauſâ ;* L. 25, §. 10, ff. *de aur. arg. leg.* c'eſt-à-dire, les pendans d'oreilles, les bracelets, bagues, anneaux, colliers, aiguilles de tête, & autres ornemens de tête, *&c.*

La montre qu'une femme porte à ſa ceinture, l'éventail qu'elle porte à la main, une tabatiere, un étui, ſont auſſi compris dans l'uſage, ſous le terme de joyaux, & en cela notre terme *joyaux* a un peu plus d'étendue, que le terme latin *ornamenta.*

On n'y comprend pas la toilette & tout ce qui en dépend ; tout cela appartient plutôt à un autre genre, que les Juriſconſultes appelloient *mundus muliebris*, & qu'ils diſtinguoient très-fort de ce qu'ils appelloient *ornamenta : ornamenta*, dit Ulpien, *ſunt quibus mulier ornatur : mundus muliebris*, dit le même Ulpien : *eſt quo mulier mundior fit ; d.* L. 25, §. 10.

Si à ces termes, *ſes habits, bagues & joyaux*, on avoit ajouté ceux-ci, *& généralement ce qui ſe trouvera ſervir pour l'uſage de la perſonne de la future épouſe*, la toilette ſeroit compriſe ſous la généralité de ces termes, & tout ce qui en dépend, comme miroirs de toilette, boëtes de toilette, pommades, parfums, *&c.*

Cette convention s'appelle *convention de préciput :* les choſes que le ſurvivant, en conſéquence de cette convention, a droit de prélever au partage de la communauté, s'appellent *le préciput du ſurvivant ;* on donne le même nom au droit qu'il a de les prélever.

441. Cette convention ſe fait de différentes manieres ; quelquefois on fait conſiſter le préciput en eſpeces : comme lorſqu'il eſt dit, le ſurvivant prendra pour préciput ſes habits, armes & chevaux : quelquefois on le fait conſiſter en une ſomme d'argent, comme lorſqu'il eſt dit, prendra pour préciput la ſomme de tant.

Lorſqu'on fait conſiſter en eſpeces le préciput, quelquefois il eſt illimité, comme lorſqu'il eſt dit ſimplement que le ſurvivant prendra ſes habits, armes

mes & chevaux, ou que la future prendra ſes habits, bagues & joyaux. Au contraire, quelquefois il eſt limité par ces termes, que le Notaire ajoute : *juſqu'à concurrence de la ſomme de tant.*

Lorſque le préciput en eſpeces eſt illimité, il conſiſte dans toutes les choſes de ces eſpeces, qui ſe trouvent dans les biens de la communauté lors de ſa diſſolution, en quelque nombre qu'elles ſoient, & à quelque prix qu'elles montent, pourvu néanmoins que ce prix ne ſoit pas exceſſif, eu égard à l'état & aux facultés des parties; car quoique les parties n'aient pas limité le préciput à une ſomme déterminée, elles ſont néanmoins cenſées être convenues d'un préciput qui fût proportionné à leur état & à leurs facultés. Donc, lorſqu'il eſt exceſſif, les héritiers du prédécédé ſont bien fondés à demander qu'il ſoit réduit & modéré *arbitrio judicis.*

On doit auſſi retrancher de ce préciput les choſes qui paroiſſent avoir été pendant la derniere maladie du prédécédé, acquiſes en fraude, & dans la vue de le groſſir : comme ſi un Gentilhomme de campagne, qui depuis un très long-temps qu'il eſt marié, n'avoit jamais eu d'autres chevaux que ceux qui ſervoient au labour de ſes terres, avoit pendant la derniere maladie de ſa femme, acheté un attelage de ſix chevaux de carroſſe de grand prix; il ſeroit évident qu'il n'a fait cette emplette que dans la vue de groſſir le préciput illimité de ſes armes & chevaux; & les héritiers du prédécédé ſeroient bien fondés à l'empêcher de les y comprendre.

442. Quelquefois on donne le choix au ſurvivant, du préciput en eſpeces, ou du préciput d'une ſomme d'argent : comme lorſqu'il eſt dit, *prendra ſes habits, armes & chevaux, ou la ſomme de tant*; le préciput en eſpeces peut en ce cas, excéder la ſomme d'argent, dont on lui a donné le choix, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas une trop grande diſproportion.

Quelquefois on donne l'un & l'autre; ſçavoir, un préciput en argent, & un préciput en eſpeces : comme lorſqu'il eſt dit, *aura par préciput la ſomme de tant, & en outre ſes habits, armes & chevaux.*

Quoique la convention de préciput, quelles que ſoient les choſes, & les ſommes dans leſquelles on la fait conſiſter, renferme un avantage que celui des conjoints qui doit prédécéder, fait au ſurvivant, & qu'il ſoit regardé comme tel, tant par rapport au premier qu'au ſecond chef de l'Edit des ſecondes noces, comme nous l'avons vu en la derniere Partie de notre Traité du Contrat de Mariage : néanmoins elle eſt regardée plutôt comme convention de mariage, que comme donation, & en conſéquence elle n'eſt pas ſujette à la formalité de l'inſinuation.

Voyez la Déclaration du 25 Juin 1729, & l'article 21 de l'Ordonnance de 1731.

443. Le préciput n'étant accordé qu'en cas de ſurvie, ce ne peut être que le prédécès de l'un des conjoints qui donne ouverture au préciput au profit du ſurvivant.

La mort civile de l'un des conjoints doit-elle être regardée comme un prédécès qui donne ouverture au préciput? Par exemple, ſi un homme par un Arrêt ou autre Jugement en dernier reſſort, avoit été condamné à la peine des galeres à perpétuité, cette condamnation qui lui fait perdre ſon état civil,

doit-elle être regardée comme un prédécès qui donne ouverture au préciput de la femme ; & la femme en conſéquence peut-elle le prélever au partage qui eſt à faire des biens de la communauté, entr'elle & les Seigneurs confiſcataires qui ſuccedent à la part du condamné ? On peut dire pour l'affirmative, qu'une perſonne, par la mort civile qu'elle a encourue, n'étant plus cenſée exiſter par rapport à la ſociété civile, ſa mort civile doit être regardée comme un véritable *prédècès*, qui ne l'en a pas moins retranchée, que l'en auroit retranchée la mort naturelle, & qui doit par conſéquent donner ouverture au préciput. Néanmoins par un célébre Arrêt du 2 Juin 1549, le Roi Henri II, tenant ſon Lit-de-Juſtice, il a été jugé que la mort civile ne donnoit pas ouverture au préciput, & que la ſeule mort naturelle y donnoit ouverture. La raiſon eſt que la convention de préciput, étant une convention que les parties contractantes ont jugé à propos de faire dépendre de l'exiſtence d'une condition, il ne peut pas y avoir ouverture à cette convention, que la choſe que les parties ont jugé à propos d'y appoſer pour condition, ne ſoit arrivée. Or le cas du prédécès de l'un des conjoints, & la ſurvie de l'autre, que les parties ont jugé à propos d'appoſer pour condition à la convention de préciput, eſt le ſeul cas du prédécès, qui doit arriver par la mort naturelle du premier mourant des conjoints ; c'eſt le ſeul cas qu'elles aient prévu : il n'eſt pas naturel qu'elles aient prévu, ni même qu'elles aient pu penſer au cas de la mort civile qui arriveroit à l'une des parties. Le cas appoſé pour condition à la convention de préciput, eſt donc le ſeul cas de la mort naturelle du premier mourant des conjoints : ce n'eſt point celui de la mort civile de l'un d'eux, & par conſéquent il n'y a que celui de la mort naturelle qui puiſſe faire exiſter la condition appoſée à la convention, & donner ouverture au préciput : on ne peut pas non plus dire que le cas de la mort civile & celui de la mort naturelle ſoient entiérement ſemblables ; car le cas de la mort civile laiſſe quelqu'eſpérance de retour à la vie, par la reſtitution à l'état civil qui peut être accordée par le Prince : il n'y a que la mort naturelle qui ſoit ſans eſpérance de retour à la vie.

Ne pourroit-on pas oppoſer à cet Arrêt l'article 24 de l'Ordonnance des Subſtitutions, qui porte que dans tous les cas où la condamnation pour crime emporte mort civile, elle donnera ouverture au fidéicommis ? La réponſe eſt qu'on ne peut pas argumenter des fidéicommis à la convention de préciput : les fidéicommis qui ſont faits en l'abſence de la perſonne au profit de qui la diſpoſition eſt faite, étant ſuſceptibles d'une interprétation beaucoup plus étendue que ne le ſont les conventions entre-vifs.

La diſpoſition de l'Ordonnance des ſubſtitutions n'eſt donc pas ſeule ſuffiſante pour établir qu'on s'eſt écarté de la Juriſprudence établie par l'Arrêt de 1549 ; mais j'ai appris que la Cour s'en étoit formellement écartée, en jugeant dans l'eſpece d'un homme qui étoit ſorti du Royaume pour cauſe de Religion, que la mort civile qu'il avoit encourue par ſa ſortie hors du Royaume, avoit donné ouverture au préciput au profit de ſa femme.

Le Magiſtrat qui m'a fait part de cet Arrêt, & qui avoit été un des Juges, m'a auſſi appris qu'on avoit jugé par cet Arrêt, que la femme étant ſortie avec ſon mari, le mari devoit être cenſé ſorti le premier, & la femme

n'avoir fait autre chose que le suivre : qu'en conséquence le préciput lui avoit été acquis par la mort civile de son mari, pendant un instant de raison, & qu'elle l'avoit transmis avec ses biens à ses héritiers, par la mort civile qu'elle avoit encourue elle-même par sa sortie du Royaume. Le Magistrat n'approuvoit pas l'Arrêt en ce point : la femme n'ayant pu transmettre à ses héritiers un droit qu'elle n'a jamais pu elle-même exercer, & qui n'a pu lui être acquis dans le temps auquel son mari est sorti, puisque dans le même temps elle sortoit elle-même avec lui.

444. Lorsque les deux conjoints qui, par leur contrat de mariage, étoient convenus d'un préciput, sont depuis morts par un même accident, *putà*, dans un naufrage, ou dans un incendie, sans qu'on puisse prouver lequel à survécu l'autre, il n'y aura point de préciput au partage qui est à faire entre les héritiers de l'un desdits conjoints, & ceux de l'autre; car ni les uns ni les autres ne peuvent justifier que c'est celui des conjoints auquel ils ont succédé, qui a survécu, & au profit de qui il y ait ouverture au préciput; & par conséquent ni les uns ni les autres ne peuvent demander le préciput ni les uns ni les autres, n'étant point en état de fonder la demande qu'ils en feroient. Voyez *in Pand. Justin. tit. de R. D. n.* 4.

445. Lorsque la dissolution de communauté est arrivée du vivant des deux conjoints, *putà* par une séparation, le partage se fait sans préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture; mais il se fait à la charge que lorsqu'il y aura ouverture par le prédécès de l'un d'eux, la succession du prédécédé fera raison de ce préciput au survivant. C'est pourquoi, si le préciput porté au contrat de mariage est, par exemple, d'une somme de 4000 livres, la succession du prédécédé devra au survivant, sur la part que le prédécédé a eue au partage de la communauté, la somme de 2000 livres.

Lorsque le préciput est en especes, il faut faire une estimation des choses sujettes au préciput de chacun des conjoints, qui se sont trouvées parmi les biens de la communauté lors de la dissolution, afin de fixer la somme que la succession du prédécédé devra au survivant, lorsqu'il y aura ouverture au préciput par le prédécès de l'un des conjoints.

En attendant, chacun des conjoints prendra, sur le pied de l'estimation, les choses sujettes à son préciput, non en les prélevant par forme de préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture; mais en les précomptant sur sa part, à la charge que lorsqu'il y aura ouverture au préciput par le prédécès de l'un des conjoints, la succession du prédécédé devra au survivant, sur la part que le prédécédé a eue au partage, la moitié de l'estimation du préciput du survivant.

446. Suivant la Jurisprudence de l'Arrêt de 1549, lorsque l'un des conjoints ayant été condamné à une peine capitale, le partage des biens de la communauté s'est fait entre le fisc & l'autre conjoint; si le condamné vient par la suite à prédécéder, le fisc doit de la même maniere, faire raison au survivant de son préciput.

Mais si c'est le condamné qui survit, le fisc ne peut pas prétendre, comme étant à ses droits, le préciput convenu par le contrat de mariage; car le fisc n'a pu succéder au condamné à ce préciput qui n'étoit pas ouvert lors de sa

condamnation, & il n'a pu par le prédécès de l'autre conjoint, être ouvert au profit de ce condamné, qui n'exiſtoit plus dans la ſociété civile.

447. Le préciput ne peut ordinairement s'exercer qu'en cas d'acceptation de la communauté par la femme, ou les héritiers de la femme.

Lorſque c'eſt le mari qui a ſurvécu, il eſt évident que ſi les héritiers de la femme renoncent à la communauté, la convention du préciput devient inutile au mari, puiſque tous les effets de la communauté, ceux qui auroient compoſé le préciput, ainſi que les autres, lui demeurent *jure non decreſcendi.*

Lorſque c'eſt la femme qui a ſurvécu, elle ne peut non plus prétendre ſon préciput, ſi elle a renoncé à la communauté; car par ſa renonciation à la communauté, elle renonce entiérement à tous les biens de la communauté, à quelque titre qu'elle eût pu les prétendre: d'ailleurs le préciput étant un droit qui s'exerce au partage de la communauté, il ne peut y avoir de préciput lorſque par la renonciation de la femme, il n'y a plus de partage à faire de la communauté.

448. On convient néanmoins aſſez ſouvent par les contrats de mariage, que la future épouſe, en cas de renonciation à la communauté, aura ſon préciput.

L'eſprit de cette convention eſt de rendre le mari & ſa ſucceſſion, garants du préciput de la femme. C'eſt pourquoi, non-ſeulement elle a l'effet de rendre la femme, en cas de renonciation à la communauté, créanciere du montant de ſon préciput, contre la ſucceſſion de ſon mari: elle a auſſi l'effet, en cas d'acceptation de la communauté, de rendre la femme créanciere de la ſucceſſion de ſon mari, de ce qui s'eſt trouvé de manque dans les biens de la communauté, pour la remplir en entier de ſon préciput; au-lieu que, hors le cas de cette convention, & lorſque les parties ſont ſimplement convenues d'un préciput de telles choſes, ou d'une telle ſomme; de même que la femme, en cas de renonciation, n'a aucun préciput, elle n'a pas, en cas d'acceptation, aucun recours contre la ſucceſſion de ſon mari, pour ce qui s'eſt trouvé de manque dans les biens de la communauté, pour la remplir de ſon préciput; le préciput n'étant *in ſe* qu'un droit de prélever ſur la maſſe, qui ne peut avoir lieu qu'autant qu'il y a de quoi prélever.

## ARTICLE VIII.

### *De quelques autres eſpeces de conventions.*

### §. I.

#### *De la convention par laquelle on aſſigne à chacun des conjoints, ou à ſes héritiers, des parts inégales au partage qui ſe fera des biens de la communauté.*

449. Quoique, ſuivant nos Coutumes, les conjoints par mariage ſoient communs chacun pour moitié, & que lors de la diſſolution de la communauté, les conjoints ou leurs héritiers la partagent par portions égales, & non par

portions proportionnées à ce que chacun d'eux y a apporté : néanmoins on peut valablement convenir, par le contrat de mariage, qu'ils y auront des parts inégales. Par exemple, que *la femme ſera commune pour un tiers*, ou *pour un quart*, & qu'en conſéquence au partage de la communauté, l'homme aura les deux tiers ou les trois quarts.

On peut pareillement convenir qu'arrivant la diſſolution de la communauté, par le prédécès de l'un des conjoints, les héritiers du prédécédé n'auront que le tiers ou le quart, ou quelque portion moindre, & que le ſurvivant aura le ſurplus.

Dans le cas de ces conventions, chacun doit ſupporter la même part dans les dettes de la communauté, que celle qui lui eſt aſſignée dans le partage de l'actif. On ne pourroit pas valablement convenir que l'un des conjoints auroit une certaine part dans l'actif de la communauté, & qu'il ſupporteroit une part différente dans le paſſif, ou plus grande, ou moindre ; parce que par ces conventions, on pourroit éluder les Loix, qui ne permettent pas que l'un des conjoints par mariage, puiſſe pendant le mariage, ou s'avantager aux dépens de l'autre, ou avantager l'autre à ſes dépens.

Par exemple, s'il étoit dit par le contrat de mariage, que la femme n'auroit que le tiers dans l'actif de la communauté, & qu'elle ſupporteroit néanmoins la moitié des dettes, il eſt évident qu'une telle convention, ſi elle pouvoit être valable, donneroit le pouvoir au mari de s'avantager aux dépens de ſa femme, en faiſant des acquiſitions, dont il devroit le prix ; car il feroit payer à ſa femme la moitié du prix de ces acquêts, dont elle n'auroit que le tiers, & dont il auroit les deux tiers.

*Vice verſâ.* S'il étoit dit par le contrat de mariage, que la femme n'auroit que le tiers dans la communauté, mais qu'elle l'auroit franc de dettes, ou qu'elle ſupporteroit ſeulement un ſixieme dans les dettes, il eſt viſible qu'une telle convention, ſi elle pouvoit être valable, mettroit le mari en état d'avantager à ſes dépens ſa femme, en faiſant des acquiſitions dont il devroit le prix ; car la femme auroit le tiers de ces acquiſitions, & le prix de ce tiers que la femme y auroit, ſeroit payé par le mari, à la décharge de la femme, ou en total, ou en partie. Ces conventions doivent donc être déclarées nulles ; & ſans y avoir égard, les conjoints ou leurs héritiers doivent partager la communauté également, tant en actif que paſſif.

Dans le cas de la ſeconde eſpece que nous venons de propoſer, les héritiers du mari ſeroient-ils fondés à prétendre qu'on ne doit déclarer nulle la convention que pour la ſeconde partie, par laquelle il a été convenu que la femme auroit ſa part, franche de dettes, ou qu'elle en ſupporteroit une moindre part que celle qu'elle a dans l'actif, & qu'on doit laiſſer ſubſiſter la premiere partie de la convention qui reſtreint au tiers la portion de la femme.

On peut dire pour raiſon de douter en faveur de cette prétention des héritiers du mari, que ce n'eſt que ſur la ſeconde partie que tombe l'injuſtice de la convention : c'eſt cette ſeconde partie qui donne au mari le moyen d'avantager ſa femme à ſes dépens ; on ne doit donc déclarer nulle que la ſeconde partie. Néanmoins on doit décider que la convention doit être déclarée nulle dans ſa totalité, & que le partage de la communauté doit ſe faire

par portions égales, tant en actif que passif, comme s'il n'y avoit eu aucune convention. La raison de décider est, que la premiere partie de la convention est inséparable de la seconde : la femme n'ayant consenti, par la premiere partie de la convention, à la réduction de sa part de la communauté au tiers, que parce que, par la seconde partie, on la lui accordoit franche de dettes, ou qu'on la chargeoit seulement de la sixieme partie des dettes : la seconde partie de la convention, est une condition de la premiere : la nullité de la seconde partie de la convention doit donc entraîner la nullité de la premiere, & la convention doit être déclarée nulle dans sa totalité.

## §. II.

### *Du forfait de communauté.*

450. On convient quelquefois par un contrat de mariage, que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme.

Si dans le cas de cette convention il n'y avoit pas dans les biens de la communauté, lors de sa dissolution, de quoi payer cette somme, le mari seroit-il fondé à prétendre que la clause n'a été mise qu'en sa faveur ; que chacun pouvant renoncer à ce qui a été stipulé en sa faveur, il peut renoncer à cette convention, & se décharger de la somme y portée, aux offres d'admettre les héritiers de la femme à partager à l'ordinaire la communauté ? Cette prétention n'est pas fondée : la convention ne contient pas une simple faculté qui soit donnée au mari de retenir tous les biens de la communauté en donnant la somme convenue ; elle est une cession que la femme fait à son mari, au cas qu'il la survive, de la part incertaine qu'elle auroit pu avoir dans les biens de la communauté lors de sa dissolution. La somme convenue pour le prix de la cession, est donc due aux héritiers de la femme, en quelque état que se trouve la communauté lors de sa dissolution. Si elle se fût trouvée opulente, le mari en auroit eu le bénéfice : lorsqu'elle est mauvaise, il en doit supporter la perte ; *æquum est ut quem sequuntur commoda, eum sequantur incommoda.* C'est ce qui a été jugé par Arrets des 15 Avril 1608, & 19 Février 1646, rapportés par Brodeau sur Louet, *lettr.* M, *ch.* 4. Le prix de la cession leur est dû, quand même il ne resteroit aucuns biens de la communauté lors de sa dissolution ; car la cession d'un droit de communauté, de même que celle d'un droit successif, est une espece de contrat aléatoire, semblable à la vente qu'un pêcheur fait de son coup de filet, de même que la vente du coup de filet n'a pas pour objet quelque chose de réel & de physique, mais un être moral, qui est l'espérance des poissons qui pourront être pris, & qu'en conséquence le prix du coup de filet soit dû, quoiqu'il n'ait été pris aucun poisson par le coup de filet, l'acheteur ayant eu l'espérance de ceux qui pouvoient être pris, qui est la seule chose qui lui ait été vendue ; de même la cession que la femme, en cas de dissolution de communauté par son prédécès, fait à son mari de sa part dans les biens de la communauté, n'a pour objet que l'espérance de ceux qui pourront se trouver. C'est pourquoi le prix de la cession est dû, quoiqu'il ne se soit trouvé aucuns biens de la communauté lors de la

dissolution ; il suffit qu'il ait pu s'en trouver, l'espérance de ceux qui pourroient se trouver, étant la seule chose qui ait été l'objet de la cession. C'est l'avis de d'Argentré, sur l'article 22 de l'ancienne Coutume de Bretagne, *gloss.* 4, sur la fin, où il est dit : *si maritus sponsæ ducenta pepigisset pro sua parte conquæstuum, etiamsi secuto matrimonio nulli acquæstus fierent, tamen non minùs ducenta deberentur, veluti incerto eventus redempto.* Sa décision est dans l'espece où c'est la femme elle-même qui a été restreinte à une certaine somme pour son droit de communauté ; mais il y a même raison de le décider dans l'espece où ce ne sont que les héritiers de la femme qui y sont restreints.

451. Il faudroit décider autrement si après la clause que les héritiers de la femme auroient pour tout droit de communauté une telle somme, on avoit ajouté cette restriction, *si tant s'en trouve ;* car en ce cas la somme portée par la convention, ne seroit due que jusqu'à concurrence de ce qui se trouveroit de biens dans la communauté ; & s'il n'en restoit aucuns, il ne seroit rien dû. Cela est encore conforme au sentiment de d'Argentré, qui après ce que nous avons rapporté ci-dessus, ajoute de suite : *nisi quidem conditionaliter concepta esset stipulatio, veluti sub verbis, si quos fieri contingeret.*

452. Il faudroit aussi décider autrement si la clause étoit conçue en ces termes : *il sera loisible au futur survivant de retenir tous les biens de la communauté, en donnant aux héritiers de la femme une telle somme.* Ces termes, *il sera loisible*, expriment une faculté & un choix qui est accordé à l'homme, ou de retenir tous les biens de la communauté, en donnant la somme aux héritiers de la femme, ou de les admettre à la partager à l'ordinaire.

453. La clause que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, n'exclut du droit de partager la communauté, que lesdits héritiers, & non la femme ; elle ne peut en conséquence avoir lieu que dans le seul cas auquel la dissolution de communauté arrive par le prédécès de la femme. Si elle arrivoit du vivant de la femme par une sentence de séparation d'habitation, le droit de partager la communauté avec le mari, ayant été ouvert au profit de la femme par la sentence de séparation, quand même la femme viendroit à mourir peu après avant que d'avoir procédé à ce partage, elle transmettroit ce droit à ses héritiers, & le mari ne pourroit en ce cas les en exclure, en leur offrant la somme portée par la convention.

454. Cette clause que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, comprend tous les héritiers, tant les enfans que les collatéraux.

455. Le mari qui en conséquence de cette convention demeure propriétaire de tous les biens de la communauté, à la charge de donner aux héritiers de la femme la somme portée par la convention, peut sur cette somme leur faire déduction de toutes les créances que la communauté a contre la femme, *puta* pour les sommes tirées de la communauté, pour acquitter des dettes mobiliaires de la somme, antérieures au mariage, & exclues de la communauté par une clause de séparation de dettes, ou pour des impenses (autres que celles d'entretien) faites des deniers de la communauté sur les héritages propres de la femme, ou pour quelqu'autre cause que ce soit.

Si les créances de la communauté contre la femme excédoient la somme

que le mari doit donner aux héritiers de la femme pour leur droit de communauté, non-seulement le mari demeureroit quitte envers eux de cette somme, mais ils seroient débiteurs envers lui de l'excédent.

456. Lorsque la femme durant le mariage a doté conjointement avec son mari, des biens de la communauté, quelqu'un de leurs enfans communs, si elle précede, on doit mettre au rang des créances de la communauté contre la femme, ce qu'elle en a tiré pour contribuer pour sa moitié à cette dot. La clause que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, renferme une rénonciation qu'elle fait à la communauté pour cette somme, dans le cas de son prédécès : cette rénonciation l'exclut entiérement des biens de la communauté, & par conséquent l'oblige à faire raison à la communauté de tout ce qu'elle en a tiré.

Il en seroit autrement si elle n'avoit pas été partie à la dotation ; car ne dote qui ne veut. Il ne suffit pas pour qu'elle soit censée avoir doté, qu'elle ait été en qualité au contrat de mariage ; car elle est censée n'y avoir été que pour donner son consentement au mariage.

457. Le mari qui retient tous les biens de la communauté, à la charge de donner la somme convenue aux héritiers de la femme, doit en conséquence être seul tenu pour le total de toutes les dettes de la communauté : c'est pourquoi il doit payer aux héritiers de la femme, outre la somme portée par la convention, tout ce que la communauté doit à la femme pour ses reprises, remplois de propre, & pour quelqu'autre cause que ce soit, sans que les héritiers de la femme en fassent aucune confusion.

458. Les héritiers de la femme qui ont reçu du mari la somme portée par la convention, pour leur droit de communauté, ne sont pas tenus des dettes de la communauté, même envers les créanciers, à moins que la femme ne se fût obligée envers eux : en cela cette convention est différente de la cession que les héritiers feroient à un tiers de leur droit en la communauté ; ils seroient en ce cas tenus des dettes de la communauté envers les créanciers, sauf leur recours contre leur cessionnaire, qui doit les en acquitter. La raison de différence est, que les héritiers de la femme qui cedent à un tiers leur part en la communauté, doivent avoir acquis cette part pour pouvoir la lui céder ; & comme ils ne peuvent avoir acquis cette part que par une acceptation de la communauté, la cession qu'ils font de leur part à un tiers, renferme nécessairement une acceptation qu'ils font de la communauté, qui les oblige aux dettes de la communauté. Au contraire les héritiers de la femme, auxquels le mari paie la somme portée par la convention *pour tout droit de communauté*, n'ont aucune part dans la communauté ; la femme cede par cette convention, en cas de dissolution de la communauté par son prédécès, non la part que ses héritiers auront, mais celle qu'ils auroient pu y avoir, & à laquelle elle renonce pour le prix porté par la convention.

459. Quelquefois ce n'est pas seulement aux héritiers de la femme, c'est à la femme elle-même qu'on assigne, par le contrat, une somme pour tout droit de communauté. Dans le cas de cette convention, de quelque maniere qu'arrive la dissolution de communauté, il ne peut y avoir lieu à un partage de communauté, ni la femme ni ses héritiers n'ont pas droit de le demander ; ils

ils ſont ſeulement créanciers de la ſomme portée par la convention ; & ni le mari ni ſes héritiers ne ſont reçus pour s'en décharger, à offrir d'admettre la femme à un partage de la communauté ; Arrêt du 15 Avril 1608, rapporté par Brodeau ſur Louet, *letr.* M, *ch.* 4.

Au ſurplus, tout ce que nous avons dit à l'égard de l'eſpece précédente, peut pareillement s'appliquer à celle-ci.

460 Il y a une troiſieme eſpece de convention par laquelle on convient que les héritiers du prédécédé n'auront pour tout droit de communauté qu'une telle ſomme ; ce qui comprend auſſi-bien les héritiers du mari, ſi c'eſt lui qui prédecede, que ceux de la femme, lorſque c'eſt elle qui prédecede.

Obſervez une grande différence qui ſe rencontre dans cette eſpece & dans les précédentes : dans la premiere eſpece, quelque mauvaiſe que ſoit la communauté lors de ſa diſſolution, le mari ne peut ſe diſpenſer de payer aux héritiers de la femme la ſomme convenue franche & quitte des dettes de la communauté, dont le mari demeure ſeul chargé : les héritiers du mari contractent la même obligation dans la ſeconde eſpece. Au contraire dans cette troiſieme eſpece, la femme ſurvivante peut bien, ſuivant la convention du contrat, retenir tous les biens de la communauté, lorſqu'elle la trouve avantageuſe, en donnant aux héritiers du mari la ſomme portée par la convention ; mais cette convention ne prive pas la femme du droit de renoncer à la communauté lorſqu'elle la trouve mauvaiſe, & de laiſſer par ſa rénonciation aux héritiers du mari les biens de la communauté avec toutes les charges. La raiſon de différence eſt, que le mari ne peut renoncer à ſa communauté dont il eſt le chef ; ſes héritiers qui ſuccedent à toutes ſes obligations, ne le peuvent pas non plus. Au contraire, la femme a tellement le droit de renoncer à la communauté, qu'elle ne peut même en être privée par quelque convention que ce ſoit ; ne devant pas être au pouvoir du mari d'engager les propres de ſa femme, ſans ſon conſentement, en contractant des dettes durant la communauté, il doit toujours être au pouvoir de la femme de renoncer à la communauté pour s'en décharger.

Dans l'eſpece de cette convention, lorſque la femme ſurvivante juge à propos de renoncer à la communauté, la convention demeure ſans effet ; les héritiers du mari ayant par la rénonciation de la femme tout le droit de la communauté en total, ne peuvent demander à la femme ſurvivante la ſomme portée par la convention, qui ne leur eſt accordée qu'à la place, & pour leur tenir lieu du droit qu'ils peuvent prétendre à la communauté.

## §. III.

### *De la clauſe d'excluſion de communauté.*

461. On peut convenir par contrat de mariage, qu'il n'y aura aucune communauté de biens entre les conjoints. L'effet de cette convention eſt que ni la femme, ni les héritiers de la femme ne peuvent prétendre aucune part, lors de la diſſolution du mariage, dans les biens, ſoit mobiliers, ſoit immobiliers que le mari a acquis durant le mariage, à quelque titre que ce ſoit, ni encore moins dans ceux qu'il avoit lorſqu'il s'eſt marié.

Quand même les acquisitions que le mari a faites durant le mariage, auroient été faites des revenus des biens de la femme, dont le mari a droit de jouir, la femme & ses héritiers n'en feroient pas plus fondés à y prétendre part.

La femme & ses héritiers, en conséquence de cette convention, n'ayant aucune part dans les biens que le mari acquiert durant le mariage, ils ne sont pas tenus des dettes qu'il contracte; & si la femme s'y étoit obligée, elle en doit être indemnisée par son mari.

462. Le mari, de son côté, n'a aucune part dans la propriété des biens de sa femme, mais il a le droit d'en jouir, *ad sustinenda onera matrimonii*, tant de ceux qu'elle a lors du mariage, que de ceux qu'elle acquiert depuis, à quelque titre que ce soit; car c'est une maxime dans nos pays coutumiers, que tous les biens d'une femme sont réputés dotaux.

Nous ne suivons pas à l'égard de cette jouissance, la disposition des Loix Romaines, qui accordoient au mari les fruits de la dot au prorata du temps qu'avoit duré le mariage: le mari, en cas d'exclusion de communauté, a droit de percevoir à son profit tous les fruits, tant civils que naturels qui se perçoivent ou naissent durant le temps du mariage, pour se récompenser des charges du mariage qu'il supporte; de même que lorsqu'il y a communauté, ces fruits appartiennent à la communauté pour la dédommager des charges du mariage, qui sont à la charge de la communauté, lorsqu'il y en a une.

463. Le mari, dans le cas de cette convention, n'ayant que le droit de jouir des biens de la femme durant le mariage, il doit, lors de la dissolution du mariage, rendre à la femme ou à ses héritiers tous les biens que sa femme lui a apportés, soit en se mariant, soit durant le mariage.

La femme peut quelquefois en poursuivre la restitution durant le mariage, lorsqu'elle peut établir que les mauvaises affaires du mari mettent sa dot en péril.

## §. IV.

### *De la séparation contractuelle.*

464. On peut convenir par un contrat de mariage, que non-seulement il n'y aura pas de communauté de biens entre les conjoints, mais que chacun d'eux jouira séparément de ses biens. On appelle cette convention *séparation contractuelle*; elle a cela de plus que la simple exclusion de communauté, qu'elle prive le mari de la jouissance des biens de la femme.

La femme par cette séparation contractuelle a bien le droit de recevoir les revenus de ses biens, d'en faire de simples baux à loyer ou à ferme, & généralement de faire tous les actes d'une simple administration, sans avoir besoin pour tous ces actes, de l'autorisation de son mari, comme nous l'avons vu dans notre *Traité de la Puissance maritale*; mais comme cette séparation contractuelle ne la soustrait pas à la puissance de son mari, elle ne peut aliéner ses immeubles, ni même recevoir le rachat de ses rentes, sans être autorisée par son mari ou par Justice; le mari peut même arrêter les deniers du rachat, jusqu'à ce qu'il en soit fait emploi pour sureté des charges du mariage auxquelles elle est obligée de contribuer.

Si la femme qui, en conſéquence d'une ſéparation contractuelle, jouit ſéparément de ſes biens, refuſoit de contribuer aux charges du mariage, le mari pourroit la faire condamner à y contribuer : le Juge doit en ce cas régler la penſion que cette femme doit payer à ſon mari avec qui elle demeure, à une ſomme eu égard à ſes facultés & à ſa qualité ; il doit pareillement régler la ſomme pour laquelle elle doit contribuer aux alimens & à l'éducation des enfans communs.

465. En cela la ſéparation contractuelle convient avec celle qui intervient durant le mariage par une Sentence du Juge : elle en differe en ce que lorſque la ſéparation eſt intervenue durant le mariage, les conjoints peuvent d'un commun conſentement, quand bon leur ſemble, ſe déſiſter de la ſentence, & ſe remettre en communauté comme auparavant la ſentence. Au contraire, la ſéparation contractuelle eſt irrévocable, comme le ſont toutes les conventions des contrats de mariage ; & les conjoints ne peuvent durant le mariage, au préjudice de cette convention, établir une communauté. C'eſt ce qui a été jugé par des Arrêts rapportés par Louet.

## §. V.

### *D'une autre eſpece de convention.*

466. La femme pouvant valablement convenir qu'elle jouira ſéparément de tous ſes biens, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, il s'enſuit qu'elle peut pareillement convenir valablement qu'elle jouira ſéparément d'un certain héritage, des revenus duquel elle pourra diſpoſer à ſon gré pendant tout le temps que le mariage durera, & établir au ſurplus une communauté de biens avec ſon futur époux : c'eſt une conſéquence de ce principe, que *qui peut le plus, peut le moins.*

Les acquiſitions que la femme auroit faites en ce cas durant le mariage, qui ſeroient provenues de ſes épargnes ſur leſdits revenus, doivent-elles tomber en communauté ? Borjon décide pour l'affirmative. J'y trouve de la difficulté : car la femme s'étant réſervé par cette convention tous les revenus de cet héritage, qui ſeroient à percevoir pendant tout le temps que dureroit le mariage, ces revenus ſont pour elle des propres : or tout ce qui provient des propres ſans en être un fruit, ne tombe pas en communauté, *ſuprà, n. 96* ; mais au moins pour que ces acquiſitions ſoient propres, il ne ſuffit pas qu'il ſoit dit par le contrat qu'elles ſont faites des deniers provenus deſdits revenus, ſi cela n'eſt bien juſtifié ; autrement le mari auroit une voie ouverte d'avantager ſa femme, en faiſant paſſer ſous ſon nom toutes les acquiſitions qui ſe feroient durant le mariage.

# SECONDE PARTIE.

## *Du droit des Conjoints sur les biens de la Communauté.*

467. LE droit du mari sur les biens de la communauté, est renfermé dans les deux axiomes suivans.

*Premier axiome.* Le mari, comme chef de la communauté, est réputé seul seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure, & il en peut disposer à son gré, sans le consentement de sa femme.

*Second axiome.* Ces dispositions néanmoins ne sont valables, qu'autant qu'elles ne paroissent pas faites en fraude, de la part que la femme & les héritiers de la femme ont droit d'y avoir, lors de la dissolution de la communauté : il ne peut sur-tout l'en avantager, ni ses héritiers, au préjudice de cette part.

Nous développerons chacun de ces axiomes dans des articles séparés, & nous traiterons dans un troisieme article, du droit de la femme.

### ARTICLE PREMIER.

### *Développement du premier axiome.*

468. Nous avons vu dès le commencement de ce Traité, que la communauté de biens qui est établie, soit par la loi, soit par la convention, entre des conjoints par mariage, est en quelque façon *in habitu*, plutôt qu'*in actu*, & que le mari, tant qu'elle dure, est en sa qualité de chef de cette communauté, réputé en quelque façon seul seigneur des biens dont elle est composée ; parce qu'il a droit en cette qualité de disposer à son gré, non-seulement de sa part, mais de celle de sa femme, sans lui en être comptable. » Le mari, dit la Coutume de Paris en l'*art.* 225, est » seigneur des meubles & conquêts immeubles, par lui faits durant & cons- » tant le mariage de lui & de sa femme. »

Ces termes, *par lui faits*, se son glissés dans le texte par inadvertance, & sont superflus ; la disposition de la Coutume n'est pas restreinte, par ces termes, aux seuls immeubles que le mari a lui-même acquis durant le mariage ; elle comprend tous ceux dont la communauté est composée, même ceux que la femme y a apportés par une convention d'ameublissement ; ce principe est si constant, & les longues raisons de douter que Lebrun a apportées, sont si inutiles, qu'elles ne m'ont pas paru valoir la peine d'être rapportées.

469. *Corollaire premier.* Le mari peut charger les biens de la communauté de toutes les dettes qu'il juge à propos de contracter, pendant qu'elle dure ; non-seulement de celle qu'il contracte pour les affaires de la communauté, ou qui pourroient paroître la concerner : mais même de celles

qui n'ont aucun rapport aux affaires de la communauté, même de celles qui ont pour cauſe les délits par lui commis, comme nous l'avons vu au long *ſuprà*, *n.* 248.

470. *Corollaire ſecond.* Le mari peut, à ſon gré, perdre les biens de la communauté, ſans en être comptable; il peut laiſſer périr par la preſcription les droits qui dépendent de ſa communauté, dégrader les héritages, briſer les meubles, tuer par brutalité ſes chevaux & autres animaux dépendants de la communauté, ſans être comptable à ſa femme de toutes ces choſes.

471. *Corollaire troiſieme.* Le mari peut aliéner par des actes entre-vifs, à quelque titre que ce ſoit, même à titre de donation entre-vifs envers telles perſonnes qu'il juge à propos, ſauf à celles dont il ſera parlé en l'article ſuivant, les différens biens dont la communauté eſt compoſée; il peut charger leſdits biens d'hypotheques, non-ſeulement pour ſes dettes, mais pour les dettes d'autrui; il peut les charger de ſervitudes.

La Coutume de Paris en l'*art.* 225, ci-deſſus cité, a elle-même tiré ces conſéquences; après avoir dit, *le mari eſt ſeigneur*, *&c.* elle ajoute: » en » telle maniere qu'il les peut vendre, aliéner, ou hypothéquer, & en » faire & diſpoſer par donation ou autre diſpoſition faite entre-vifs à ſon » plaiſir & volonté, ſans le conſentement de ſadite femme, à perſonne » capable, & ſans fraude. »

Nous verrons dans l'article ſuivant, l'explication de ces termes, *à perſonne capable*, *& ſans fraude.*

472. Preſque toutes les Coutumes ont à cet égard la même diſpoſition que celle de Paris. Il y en a néanmoins quelques-unes qui ne regardent le mari que comme un ſimple adminiſtrateur *cum liberâ*, & qui en conſéquence permettent bien au mari de vendre, permuter & hypothéquer les biens de la communauté; mais qui ne lui permettent pas de les donner entre-vifs, ſi ce n'eſt pour ſa part ſeulement. Telles ſont les Coutumes d'Anjou, *art.* 289; du Maine, *art.* 304; de Lodunois, *ch.* 26, *art.* 6.

La Coutume de Xaintonge, *t.* 8, *art.* 68, excepte de la faculté qu'elle donne au mari de diſpoſer ſans ſa femme des meubles & conquêts, ceux qui ont été faits par le mari & ſa femme *contractants enſemble.*

D'autres en exceptent ceux qui ont été faits par la femme & par ſon induſtrie; Bayonne, *t.* 9, *art.* 29; Labour, *t.* 9, *art.* 2.

473. *Corollaire quatrieme.* Il ſe trouve dans l'article 233 de la Coutume de Paris, où il eſt dit: » le mari eſt ſeigneur des actions mobi- » liaires & poſſeſſoires, *poſé*, qu'elles procedent du côté de ſa femme, » & peut le mari agir & déduire leſdits droits & actions en jugement, » ſans ſadite femme. »

La communauté étant compoſée de tous les biens mobiliers de chacun des conjoints; & le mari étant en ſa qualité de chef de la communauté ſeul ſeigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure; la Coutume a très-bien tiré la conſéquence, qu'il eſt ſeigneur pour le total des actions mobiliaires de ſa femme, & qu'il peut ſeul les déduire en jugement.

Pareillement la jouiſſance des propres de chacun des conjoints appar-

tenant à la communauté, la Coutume a très-bien conclu que les actions poſſeſſoires qui concernent la jouiſſance des héritages de la femme, appartiennent au mari comme ſeigneur des biens & droits de la communauté.

La diſpoſition de cet article a lieu, quand même le mobilier de la femme auroit été réaliſé par une clauſe de réſerve de propre; car tout l'effet de cette clauſe, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 325, eſt de lui accorder & à ſes héritiers une repriſe, lors de la diſſolution de communauté; elle n'empêche pas que le mobilier de la femme ne tombe dans la communauté, à la charge de la repriſe.

De même que le mari peut intenter ſeul les actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme, il peut auſſi défendre ſeul aux actions mobiliaires & poſſeſſoires qu'on a contr'elle.

Quand même ces actions auroient été intentées par la femme ou contr'elle, avant ſon mariage, elles ne peuvent plus après ſon mariage être pourſuivies par elle ou contr'elle ſeule; il faut que l'inſtance ſoit repriſe par le mari, ou contre le mari.

Quoique ces actions qu'on a contre la femme, puiſſent être valablement intentées & pourſuivies contre le mari ſeul, néanmoins un créancier de la femme a intérêt d'aſſigner le mari & la femme, afin que la condamnation qu'il obtiendra contre le mari & la femme, lui donne une hypotheque ſur les biens de la femme.

474. De ce que le mari eſt réputé ſeul ſeigneur des biens de la communauté pendant qu'elle dure, & de ce qu'il peut les aliéner pour le total, on en avoit tiré autrefois une mauvaiſe conſéquence, qui eſt que, lorſqu'un homme étoit condamné à une peine capitale qui emporte confiſcation, il devoit confiſquer les biens de la communauté pour le total au profit du ſeigneur.

Quelques Coutumes, du nombre deſquelles étoit notre ancienne Coutume d'Orléans, en avoient des diſpoſitions; celle de Bretagne avoit cru faire une grace aux veuves, que de leur accorder une proviſion ſur les biens de la communauté du mari condamné.

Ce n'étoit que par un privilege accordé aux Bourgeois de Paris, dont Loiſel fait mention en ſes *Inſtit. Cout.*, *l.* 6, *t.* 2, *art.* 26, qu'à Paris les femmes étoient admiſes à diſtraire de la confiſcation des biens de leur mari adjugée au Roi, leur part dans les biens de la communauté.

Dumoulin s'eſt élévé avec raiſon contre cette mauvaiſe Juriſprudence: il a obſervé que le mari n'eſt ſeigneur pour le total des biens de la communauté, que pendant le temps qu'elle dure; la diſſolution de communauté donnant ouverture à la part que la femme ou ſes héritiers doivent avoir dans les biens de la communauté, elle réduit le droit du mari à la moitié deſdits biens; le Jugement qui condamne le mari à une peine capitale, faiſant perdre l'état civil au mari, diſſout la communauté; la confiſcation des biens du mari, qui eſt une ſuite de cette peine capitale, n'a donc lieu que dans un temps où la communauté eſt diſſoute, & par conſéquent, dans un temps où le droit du mari ſur les biens de la communauté, ſe trouve réduit à moitié; il n'en peut donc confiſquer que la moitié.

Ces raiſons & l'autoriſation de Dumoulin, ont fait changer la Juriſprudence : on a ſuivi la déciſion de ce Juriſconſulte, dans l'*art.* 209 de notre nouvelle Coutume d'Orléans, où il eſt dit que l'homme condamné en cas de confiſcation, confiſque avec ſes propres la moitié des meubles & conquêts-immeubles de la communauté ; & on a en cela dérogé à l'ancienne Coutume, qui par l'article 176, confiſquoit le total.

475. Du principe que le droit du mari, qui eſt ſeigneur pour le total des biens de la communauté, pendant qu'elle dure, eſt par ſa diſſolution réduite à la moitié, il ſuit auſſi qu'il ne peut diſpoſer par teſtament des biens de la communauté que pour la moitié ; car les diſpoſitions teſtamentaires n'ayant d'effet qu'à la mort du teſtateur, le mari ne peut diſpoſer par teſtament, que du droit qu'il ſe trouvera avoir lors de ſa mort, dans les biens de ſa communauté : or, lors de ſa mort, il n'y a plus que la moitié, puiſque ſa mort a opéré la diſſolution de communauté, & réduit en conſéquence à la moitié de ſon droit dans les biens de la communauté. La plupart des Coutumes s'en expliquent en termes formels.

L'art. 225 de la Coutume de Paris, ci-deſſus rapporté, *n.* 471, l'inſinue clairement, en diſant que le mari peut diſpoſer à ſon gré des meubles & conquêts, *par donation ou autre diſpoſition faite entre-vifs* : par ces termes, *faite entre-vifs*, elle dit aſſez que le mari ne peut pas en diſpoſer de même par des diſpoſitions teſtamentaires, mais ſeulement pour la part qu'il y a.

476. De-là naît une queſtion. Lorſque le mari a légué par ſon teſtament un certain effet de la communauté, il n'eſt pas douteux que ce legs ne peut préjudicier à la part de la femme ; mais eſt-il valable pour le total vis-à-vis des héritiers du mari, de maniere qu'ils ſoient obligés de racheter à leurs dépens la part de la femme, & de faire ſa délivrance de la choſe entiere au légataire ; ou ſi le legs n'eſt cenſé être que de la part du mari dans la choſe léguée ? Il y a pluſieurs cas à diſtinguer ſur cette queſtion. Le premier cas, eſt lorſqu'on a employé dans le legs les pronoms *mon* ou *ſon*, comme lorſque le teſtament porte, *je legue à un tel* mon *pré* ; *je legue à un tel* ſon *pré* ; ces termes, *mon*, *ſon*, paroiſſent devoir reſtreindre les legs à la part du mari teſtateur dans ladite choſe : c'eſt ce qui paroît réſulter de la Loi 5, §. 2, ff. *de leg.* 1°. où Paul dit : *quum fundus communis legatus ſit, non adjectâ portione, ſed* MEUM *nominaverit, portionem deberi conſtat.*

Je ne penſe pas néanmoins qu'on doive faire de ce texte de Droit une regle générale, & qu'on doive décider indiſtinctement que les pronoms *mon*, *ſon*, employés dans le legs que le mari a fait d'un effet de la communauté, reſtreignent le legs à la part que le mari doit y avoir lors de la diſſolution de la communauté. Lorſque par le teſtament il eſt dit, je legue à un tel mon pré, ou je legue à un tel ma vigne, j'accorderai volontiers que par ces termes, *mon*, *ma*, le teſtateur eſt cenſé avoir voulu reſtreindre ſon legs à ſa portion dans le pré ou dans la vigne : mais lorſqu'il eſt dit, *je legue à mon valet-de-chambre ma garde-robe ; je legue à un tel*, mon ami, *ma tabatiere d'or ; je legue à un tel mon cheval*, je penſe que dans ces legs, ces termes *mon*, *ma*, ne ſignifient autre choſe que, *qui eſt à*

*mon uſage*, & qu'ils ne ſont pas employés pour reſtreindre les legs à la portion indiviſe qu'a le mari dans ſa garde-robe, ſa tabatiere & ſon cheval ; étant vraiſemblable que la volonté du teſtateur (qui eſt ce qu'on doit rechercher pour l'interprétation des legs) a été de léguer toute ſa garde-robe, & de léguer une tabatiere & un cheval en entier, & non pas ſeulement une portion dans une tabatiere ou dans un cheval.

476. Le ſecond cas eſt, lorſque la choſe a été léguée ſimplement ſans employer leſdits pronoms ; comme lorſque le legs eſt conçu en ces termes, *je legue à un tel la maiſon de la Croix blanche* : cette maiſon étant un conquêt, le mari eſt-il cenſé l'avoir léguée entiere, & chargé ſes héritiers de racheter la part de ſa femme ; ou eſt-il cenſé, même dans ce cas, n'avoir légué que ſa part dans ce conquêt ? Cette queſtion paroît être la même que celle qui eſt traitée par Vinnius, *illuſt. quæſt.* 11, 26, ſur le legs d'une choſe qui appartenoit au teſtateur en commun avec un tiers. Vinnius, ſur cette queſtion, rapporte l'opinion d'Accurſe, qui penſe que le legs d'une choſe, dans laquelle le teſtateur n'avoit qu'une part, s'il n'eſt expreſſément reſtreint à cette part, eſt de la choſe entiere, lorſque le teſtateur n'a pas ignoré qu'il n'y avoit qu'une part. De même que le legs de la choſe d'autrui eſt valable, lorſque le teſtateur n'a pas ignoré qu'elle appartenoit à un autre, ſuivant la déciſion qui eſt aux Inſtitutes de Juſtinien, *tit. de leg.* §. 5.

Vinnius embraſſe l'opinion contraire, qui eſt celle de Barthole, Balde & d'autres Auteurs par lui cités, & il décide que les legs d'une choſe, dans laquelle le teſtateur ſçavoit n'avoir qu'une part, eſt préſumé n'être que de cette part, quoiqu'il n'y ait pas de termes dans la diſpoſition qui le reſtreignent expreſſément à cette part. Il fonde ſon opinion ſur cette maxime de Droit qui ſe trouve aux Inſtitutes, *ſupradicto paragrapho* ; *Nemo præſumitur heredem ſuum redemptione rei alienæ gravare velle* : un teſtateur en faiſant un legs particulier, n'eſt pas préſumé, ſans néceſſité, avoir voulu charger ſon héritier d'acheter une choſe qui ne ſeroit pas de ſa ſucceſſion. Il établit enſuite la différence à cet égard, entre le legs *rei alienæ*, c'eſt-à-dire, d'une choſe dans laquelle le teſtateur n'a aucune part, & le legs *rei communis*, dans laquelle le teſtateur n'a qu'une part.

Lorſque le legs eſt *prorsùs rei alienæ*, & que le teſtateur n'ignorant pas qu'elle ne lui appartenoit pas, a néanmoins voulu la léguer ; la choſe étant entiérement à autrui, il eſt en ce cas néceſſaire de reconnoître que le teſtateur a voulu léguer la choſe d'autrui, & conſéquemment qu'il a voulu charger ſon héritier de l'acheter pour en faire délivrance au légataire, par conſéquent il ne peut y avoir lieu à la maxime, *nemo præſumitur heredem ſuum redemptione rei alienæ gravare velle.* Il n'en eſt pas de même du legs d'une choſe commune au teſtateur & à une autre perſonne ; la maxime *nemo præſumitur heredem ſuum redemptione gravare velle*, peut recevoir application, parce qu'on peut préſumer pour cet effet, que le teſtateur en léguant cette choſe, n'a entendu léguer que la part qu'il y avoit.

Vinnius autoriſe ſon opinion par des textes de Droit : la Loi 24 *de inſtruct. fund. leg.* eſt formelle pour ſon opinion. Nératius avoit dit que lorſque

lorſque quelqu'un léguoit un héritage avec les meubles qui ſervent à ſon exploitation, le legs comprenoit même ceux qui appartiennent au fermier. Paul décide au contraire, qu'on doit plutôt préſumer que le legs n'eſt que de ceux qui appartenoient au teſtateur ; *fundus legatus eſt cum inſtrumento, inſtrumentum quod colonus in eo habuit legato cedit*, diſoit Nératius : Paul le reprend ainſi : *an quod coloni fuit ; an tantùm id quod de eo teſtatoris fuit ? Et hoc magis dicendum eſt, niſi nullum Domini fuit.*

Enfin Vinnius répond aux objections qu'on fait contre ſon opinion. La principale conſiſte à dire, dans le langage ordinaire, *rei appellatione continetur* ; quand on dit *une telle choſe*, en termes indéfinis, cela s'entend du total de cette choſe, & non pas d'une partie de cette choſe ; donc lorſque le teſtateur a dit, *je légue une telle choſe*, cela doit s'entendre du total de cette choſe, & non pas ſeulement de la part que le teſtateur y avoit. La réponſe eſt prompte. Cette propoſition, *quand on dit* une telle choſe *en termes indéfinis, cela s'entend du total de la choſe*, n'eſt vraie qu'autant qu'il ne ſe rencontre pas des circonſtances qui faſſent entendre d'une partie ſeulement de la choſe, ce qu'on en a dit en termes indéfinis.

On doit encore dans ce ſecond cas, rechercher quelle a été la volonté du teſtateur, par les circonſtances, tant de la nature de la choſe léguée, que de la qualité de la perſonne du légataire.

La raiſon qui ſert de principal fondement à l'opinion de Vinnius, qui eſt que *nemo præſumitur heredem ſuum redemptione rei alienæ gravare velle*, milite principalement à l'égard du legs d'une choſe qui appartiendroit au teſtateur en commun avec un tiers avec qui il n'auroit rien de commun que cette choſe ; c'eſt dans ce cas, que ſi la choſe étoit léguée en total, l'héritier ne pourroit abſolument acquitter le legs, qu'en déboursant de quoi racheter la part que ce tiers a dans cette choſe ; mais cette raiſon ne milite pas également dans le cas d'un legs qu'un mari a fait d'un effet de ſa communauté ; car en ce cas, on peut faire tomber la choſe léguée dans le lot de l'héritier du mari, au partage qui eſt à faire des biens de la communauté entre lui & la veuve ; au moyen de quoi, le legs pourra être acquitté, ſans que l'héritier ſoit grevé *redemptione rei alienæ.*

477. Le troiſieme cas eſt, lorſque le legs fait par un homme qui a parmi les effets de ſa communauté la maiſon de la Croix blanche, eſt conçu en ces termes : *legue à un tel ſa moitié de la maiſon de la Croix blanche, & de ſes meubles.* On a formé la queſtion, ſi dans l'eſpece de ce legs, le teſtateur, en léguant la moitié de *ſa maiſon* & de *ſes meubles*, eſt cenſé n'avoir légué que la moitié de ſa part dans la maiſon & dans les meubles de la communauté, ce qui fait le quart au total de ladite maiſon & des meubles ? On fait en faveur des héritiers du mari ce raiſonnement : il a été décidé, dit-on, ſur le premier cas, que ces termes, *ſa maiſon, ſes meubles*, s'entendoient de la part qu'il avoit dans la maiſon, & de celle qu'il avoit dans les meubles ; d'où on conclut que dans l'eſpece de ce legs, la moitié de ſa maiſon & de ſes meubles, n'eſt que de la moitié de ſa part dans la maiſon & dans les meubles. Néanmoins il a été jugé par Arrêt du 8 Février 1624, rapporté par Lebrun, *liv. 2, ch. 2, ſect. 1, n. 2,*

que le legs étoit de toute la moitié du mari dans la maiſon & dans les meubles de la communauté. Léguer la moitié de ſa maiſon & de ſes meubles, c'eſt léguer ſa maiſon & ſes meubles pour la moitié qui en appartient au teſtateur.

478. Le quatrieme cas eſt, lorſque le teſtateur s'eſt expliqué expreſſément qu'il léguoit la choſe pour le total : il n'eſt pas douteux en ce cas que les héritiers du mari doivent, ou s'accommoder avec la veuve de la part qu'elle a dans la choſe léguée pour la délivrer en entier au légataire ; ou s'ils ne peuvent s'en accommoder avec elle, ils doivent en payer au légataire l'eſtimation.

## ARTICLE II.

### *Développement du ſecond axiome.*

479. Nous avons dit que les diſpoſitions que le mari fait des effets de la communauté, ne ſont valables qu'autant qu'elles ne paroiſſent pas faites en fraude, de la part que la femme ou ſes héritiers doivent avoir aux biens de la communauté lors de ſa diſſolution.

C'eſt ce qui réſulte de l'article 225 de la Coutume de Paris, qui a été rapporté *ſuprà*, *n.* 471, où la Coutume, après avoir dit que le mari peut diſpoſer des effets de la communauté par donation ou autre diſpoſition, ajoute ces termes, *à perſonne capable, & ſans fraude.*

480. L'excès de la donation fait préſumer cette fraude : c'eſt ſur ce fondement que la Coutume de Poitou, *art.* 244, après avoir dit que le mari peut donner les meubles & conquêts de ſa communauté, ajoute, » pourvu que ce ne ſoit en fraude, auſſi que ce ne ſoit par contrat » général d'aliénation de tous ſes biens ; car en ce cas, la femme pourroit » demander la moitié, & ne vaudroit ledit tranſport univerſel, que de » ce qui étoit au mari. » La Coutume de Xaintonge, *tit.* 8, *art.* 67, s'en explique pareillement.

Lebrun, *liv.* 2, *ch.* 2, *ſect.* 1, *n.* 33, dit que la fraude ſe préſume auſſi par le temps auquel la donation eſt faite. Par exemple, ſi le mari faiſoit une donation un peu conſidérable pendant la derniere maladie de ſa femme, elle devroit être cenſée faite en fraude de la part que devroient y avoir les héritiers de la femme ; cela eſt aſſez plauſible.

Quant à ce que Lebrun dit au nombre ſuivant, que la donation entre-vifs d'un conquêt, faite par le mari ſous la réſerve d'uſufruit au profit de lui ſeul, eſt cenſée faite en fraude, par cela ſeul que l'uſufruit eſt réſervé au profit de lui ſeul. J'aurois de la peine à être de ſon avis ; il pouvoit donner ce conquêt purement & ſimplement & ſans aucune réſerve d'uſufruit, ſans que ſa femme, ni les héritiers de ſa femme, euſſent pu s'en plaindre. Pourquoi s'en plaindroient-ils, lorſque la donation eſt faite ſous la réſerve de cet uſufruit ? On ne peut pas dire qu'il s'avantage par cette réſerve ; car c'eſt la communauté qui profite de cet uſufruit réſervé pendant tout le temps qu'elle dure, & après ſa diſſolution par la mort de la

femme ; cet uſufruit que le mari s'eſt réſervé, étant un effet de la communauté, ſe partage entre le mari & les héritiers de la femme pendant tout le temps qu'il doit durer.

481. Le principal cas de la fraude eſt, lorſque la diſpoſition faite des biens de la communauté, tend à l'en avantager, lui ou ſes hoirs, au préjudice de la part que la femme ou ſes héritiers doivent avoir un jour dans les biens de la communauté, lors de ſa diſſolution.

C'eſt l'interprétation que Dumoulin donne à ces termes de l'*art.* 107 de l'ancienne Coutume de Paris, *à perſonne capable, & ſans fraude* ; c'eſt, dit-il, *s'enrichir*, ou *ſes hoirs, en diminution de communauté.*

C'eſt pour cette raiſon que toutes les fois que le mari s'eſt avantagé des biens de la communauté, *putà*, en tirant de la communauté des ſommes pour des affaires qui lui étoient particulieres, il en doit récompenſe à la communauté lors de ſa diſſolution, & par conſéquent à ſa femme ou aux héritiers de ſa femme pour la part qu'ils ont dans la communauté. Nous traiterons de ces récompenſes, *infrà*, Partie IV, & nous en parcourrons les différens cas.

Le mari non-ſeulement ne peut s'avantager directement des biens de la communauté, au préjudice de la part que la femme auroit dû y avoir ; il ne le peut même indirectement : delà il ſuit que la donation que le mari feroit d'un conquêt de ſa communauté à ſon pere ou à quelqu'autre de ſes parens dont il attendroit la ſucceſſion, doit être cenſée faite en fraude ; car il ne le donne que pour qu'il lui revienne comme propre dans la ſucceſſion du donataire, & par ce moyen, s'en avantager indirectement au préjudice de la part qu'auroit eu ſa femme dans ce conquêt, s'il ne l'eût pas donné.

482. Non-ſeulement le mari ne peut s'avantager lui-même des biens de la communauté, il ne peut pareillement, comme le dit Dumoulin, *en enrichir ſes hoirs* ; ce qui comprend les enfans qu'il a d'un précédent mariage ; & à défaut d'enfans, ceux de ſa famille qui ſont en degré de lui ſuccéder.

Il ne peut donc rien donner à ces perſonnes des biens de ſa communauté, au préjudice de la part qu'y doivent y avoir ſa femme ou les héritiers de ſa femme, lors de ſa diſſolution.

On doit regarder une donation comme ſuſpecte de fraude, & comme faite à un incapable, non-ſeulement lorſqu'elle eſt faite à l'incapable lui-même ; mais auſſi, lorſqu'elle eſt faite aux enfans de l'incapable ; ſur-tout lorſqu'il ne paroît pas que le donateur ait eu d'autre motif pour la leur faire, que celui d'éluder la loi qui ne lui permettoit pas de la faire à l'incapable lui-même.

483. Il n'y a que les donations que le mari fait à ſes héritiers préſomptifs, qui ſoient cenſées faites en fraude de la part de la femme ; celles que le mari a faites à ſes parens collatéraux, quelque proches qu'ils lui ſoient, lorſqu'ils ne ſont pas ſes héritiers préſomptifs, ne ſont pas cenſées faites en fraude. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 14 Août 1571, *conſultis claſſibus*, rapporté par les Commentateurs de la Coutume de Paris,

dans l'eſpece d'une donation faite par un homme, de quelques biens de ſa communauté à ſa niece, qui n'étoit pas ſon héritiere préſomptive, étant précédée par des freres, par leſquels elle ſe trouvoit excluſe; la repréſentation en collatérale n'ayant été introduite que par la nouvelle Coutume : la veuve ayant demandé que le montant de cette donation fût précomptée ſur la part des héritiers du mari, elle en fut déboutée. Guerin qui rapporte cet Arrêt, en tire cet axiome : *ſic ſoli heredes pro incapacibus habentur, ſanguinis autem ratio fraudis ſuſpicionem non inducit.*

484. Les donations entre-vifs étant des actes qui ont leur effet au temps du contrat, c'eſt au temps de la donation qu'on doit avoir égard, pour décider ſi elle a été faite *à perſonne capable, & ſans fraude*; ou ſi elle a été faite à une perſonne qui la faſſe préſumer faite en fraude de la portion de la femme; & comme c'eſt la qualité d'héritier préſomptif du mari, dans la perſonne du donataire, qui donne lieu à cette préſomption de fraude, il ſuffit qu'au temps de la donation, le donataire ait été héritier préſomptif du mari, pour qu'il y ait lieu à cette préſomption, & pour que lors de la diſſolution de communauté, la femme ou ſes héritiers ſoient fondés en conſéquence à en demander récompenſe.

Il n'importe que ce donataire ne ſoit pas parvenu à la ſucceſſion du mari, ſoit par le prédécès de ce donataire, ſoit par ſa renonciation à cette ſucceſſion; ſoit parce qu'il eſt ſurvenu depuis la donation un enfant au mari, qui a fait perdre à ce donataire la qualité d'héritier préſomptif; car comme nous venons de le dire, il ſuffit qu'il ait eu dans le temps de cette donation cette qualité, pour qu'elle ait infecté cette donation, & qu'elle ait empêché qu'elle ne pût préjudicier à la femme. C'eſt le ſentiment de Lebrun, *ibid. n.* 26 & 28.

485. Que doit-on décider dans le cas inverſe ? Si le donataire, lors de la donation, n'étoit pas l'héritier préſomptif du mari qui avoit alors des enfans, & que depuis, par le prédécès des enfans, il ſoit devenu l'héritier du mari, la donation qui lui a été faite, ſera-t-elle valable au préjudice de la part de la femme ? Lebrun, *n.* 27, décide pour la négative, parce que, dit-il, *il ſeroit injuſte qu'étant donataire des conquêts au préjudice de la femme, il vînt encore partager le reſtant.* Cela me paroît être pétition de principe; car c'eſt préciſément ce qui eſt en queſtion, ſi cette donation faite à une perſonne qui n'étoit pas, lors de la donation, héritiere préſomptive du mari, peut être cenſée faite *au préjudice de la femme* ? Et c'eſt auſſi ce qui eſt en queſtion, s'il eſt injuſte que ce donataire, étant depuis devenu héritier du mari, partage avec la femme le reſtant des conquêts qui s'eſt trouvé, lors de la diſſolution de la communauté, ſans précompter ſur ſa part ceux qui lui ont été donnés ? Au fond, ſur cette queſtion, on peut dire contre le ſentiment de Lebrun, qu'une femme n'ayant droit qu'au partage des biens dont la communauté ſe trouvera compoſée lors de ſa diſſolution, les donations faites à titre ſingulier des conquêts de la communauté, à perſonnes capables, & ſans fraude, ne ſont point cenſées faites au préjudice de la femme, qui n'avoit, ni ne devoit avoir aucun droit aux choſes données; n'en devant avoir qu'à celles qui reſteront : or n'y

ayant que les parens du mari, qui ſont ſes héritiers préſomptifs, qui ne ſoient pas *perſonnes capables*, la donation faite par le mari à ce parent, qui, lors de la donation, n'étoit pas ſon héritier préſomptif, a été faite alors *à perſonne capable, & ſans fraude.* En conſéquence les choſes ont été alors valablement données par le mari, tant pour ſa part que pour celle qu'avoit ſa femme dans les choſes données: la femme eſt cenſée les avoir alors données elle-même pour ſa part en ſa qualité de commune par le miniſtere de ſon mari: les donations entre-vifs ayant un effet préſent & irrévocable, la qualité d'héritier préſomptif du mari qui eſt ſurvenue depuis au donataire, n'a pu apporter aucun changement.

Néanmoins s'il étoit au moins vraiſemblable, lors de la donation, que le parent du mari, à qui elle a été faite, ſeroit un jour ſon héritier; quoiqu'il ne fût pas encore alors en degré de lui ſuccéder, je ne crois pas qu'en ce cas la donation dût être cenſée faite à perſonne capable, & ſans fraude. Par exemple, ſi le mari qui n'avoit qu'un enfant, malade d'une pulmonie dans ſes derniers périodes, ne pouvant eſpérer que cet enfant lui ſurvécût, avoit fait donation d'un conquêt à ſon neveu, qui étoit ſon plus proche parent après cet enfant, la donation ne doit pas être cenſée faite à perſonne capable; car quoique le donataire ne fût pas encore en degré de lui ſuccéder, néanmoins le donateur le regardoit dès-lors comme celui qui devoit lui ſuccéder; ce qui ſuffit pour que ce donataire ne puiſſe être regardé comme perſonne capable, & pour que la donation doive être cenſée faite *en fraude*, & dans le deſſein d'enrichir ſes héritiers aux dépens de la communauté.

Je penſe que cette déciſion doit avoir lieu, même dans le cas où le donateur étant mort peu après, le neveu n'auroit pas été ſon héritier: il ſuffit que lors de la donation le donateur l'ait pu regarder comme devant l'être, pour qu'il ne fût pas perſonne capable.

486. Si le parent à qui le mari a fait donation d'une ſomme d'argent ou d'un conquêt de la communauté, n'étoit pas ſon héritier aux meubles & acquêts, mais l'étoit aux propres d'une certaine ligne, la donation ſeroit-elle faite à une perſonne capable? Lebrun, *ibid. n.* 25, tient la négative: il penſe qu'il ſuffit que le donataire ſoit héritier préſomptif du mari, de quelque maniere que ce ſoit, pour qu'il ne puiſſe être cenſé perſonne capable. Ce ſentiment me paroît ſouffrir beaucoup de difficulté: quoique le donataire ſoit héritier préſomptif aux propres d'une certaine ligne, n'étant point héritier préſomptif aux meubles & acquêts, il eſt abſolument étranger par rapport aux choſes qui lui ſont données.

487. Ce que nous avons dit juſqu'à préſent, que le mari ne peut donner aucuns biens de la communauté *à ſes hoirs*, au préjudice de ſa femme, doit s'entendre de ſes hoirs qui lui ſont particuliers; tels que ſont les enfans qu'il a d'un précédent mariage, ou à défaut d'enfans, ſes parens collatéraux qui ſont en degré de lui ſuccéder; mais cela ne doit point s'entendre des enfans qui ſont communs à lui & à ſa femme.

La raiſon pour laquelle un mari ne peut avantager ſes héritiers aux dépens de la communauté, c'eſt qu'en avantageant ſes héritiers, c'eſt en quelque façon s'en avantager ſoi-même; puiſque nous regardons ceux qui doi-

vent nous ſuccéder, comme devant être la continuation de nous-mêmes, & que c'eſt pour eux que nous travaillons : c'eſt pour cette raiſon que le mari ne peut donner aucuns biens de ſa communauté à ſes héritiers préſomptifs au préjudice de ſa femme, parce que ce ſeroit, comme nous venons de le dire, s'en avantager en quelque façon lui-même dans la perſonne de ſes héritiers ; mais on ne peut dire cela d'une donation de quelque bien de la communauté que le mari fait à un enfant commun ; car cet enfant n'appartenant pas moins à ſa femme qu'à lui, on ne peut pas dire qu'il s'enrichiſſe dans la perſonne de cet enfant au préjudice de ſa femme : l'enfant n'étant pas moins cher à la mere qu'au pere, ſi ce qui eſt donné à l'enfant, eſt cenſé une richeſſe pour le pere, il n'eſt pas moins cenſé une richeſſe pour la mere.

C'eſt donc mal-à-propos que Lebrun ſoutient que lorſque le mari a doté un enfant commun de quelques biens de la communauté, la femme qui n'a pas parlé à la dot, en peut prétendre récompenſe après la diſſolution de communauté.

L'argument de Lebrun conſiſte à dire : la mere n'eſt pas obligée de doter ; car c'eſt une maxime parmi nous, que *ne dote qui ne veut* ; mais elle ſe trouveroit avoir doté malgré elle, ſi elle n'avoit pas récompenſe de ce que le mari a tiré de la communauté pour doter l'enfant commun : donc elle eſt fondée à prétendre cette récompenſe.

Je réponds, en convenant avec Lebrun de la maxime, *ne dote qui ne veut* ; il ſuit ſeulement de cette maxime, que la femme n'eſt pas obligée ſi elle ne le veut, de doter en ſon propre nom & ſur ſes propres ; mais lorſque le mari, comme chef de la communauté, dote un enfant commun des biens de la communauté, & qu'il parle ſeul à la dot, la femme repréſentée par ſon mari, chef de la communauté, eſt cenſée, non en ſon propre nom, mais en ſa qualité de commune, doter conjointement avec ſon mari ſans qu'elle y conſente ; de même que lorſque le mari fait donation à un étranger d'effets de la communauté, la femme, quoiqu'abſente & ſans ſon conſentement, eſt cenſée en ſa qualité de commune par le miniſtère de ſon mari, & conjointement avec lui, faire donation à cet étranger deſdits effets pour la part qu'elle y a.

Déniſart, ſur le mot *conquêts*, rapporte des Arrêts qui ont jugé conformément à notre avis, & contre celui de Lebrun, que les enfans communs étoient perſonnes capables, auxquels le mari pouvoit donner des biens de la communauté, ſans le conſentement de ſa femme, & ſans qu'elle en pût prétendre récompenſe.

Néanmoins s'il paroiſſoit par les circonſtances, que le mari, en donnant à un enfant commun, des effets de la communauté, avoit eu intention de les lui donner, non comme chef de la communauté, mais en ſon propre nom, & ſur ſa part ; ce qu'il a ainſi donné, doit lui être précompté ſur ſa part au partage de la communauté, après la diſſolution de la communauté.

C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 30 Avril 1677, rapporté au premier tome du Journal du Palais. Dans l'eſpece de cet Arrêt, le pere avoit donné, durant ſa communauté, à un enfant commun la moitié d'un conquêt ; & la donation étoit conçue en ces termes : la moitié par indivis à lui appartenante de ſon conquêt des terres de Montgeron, *&c.* Il étoit évident dans cette eſpece

que le mari n'avoit entendu donner qu'en ſon nom & ſur ſa part; c'eſt pourquoi il fut jugé par l'Arrêt, que la veuve, au partage de la communauté, devoit prélever l'autre moitié de ce conquêt.

Par la même raiſon que la donation d'effets de la communauté faite à un enfant commun, eſt cenſée faite *à perſonne capable, & ſans fraude*, on peut auſſi ſoutenir que ſi le mari & la femme avoient la même perſonne pour héritiere préſomptive, ce qui peut ſouvent arriver, lorſqu'un homme a épouſé une couſine-germaine; la donation d'effets de la communauté que le mari feroit à une perſonne qui ſeroit l'héritiere préſomptive, tant de ſa femme que de lui, devroit être cenſée faite à perſonne capable, & ſans fraude.

489. Il y a certaines donations qui, quoique faites par le mari, d'effets ou de ſommes tirées de la communauté à un enfant d'un précédent mariage, ne ſont pas cenſées faites en fraude de la part de la femme; telles ſont les donations d'alimens. Il y a néanmoins quelques diſtinctions à faire: lorſque l'enfant que le mari a d'un précédent mariage, n'a pas de biens pour ſubvenir à ſes alimens, ceux que le mari fournit du fonds de ſa communauté, ſont moins une donation qu'il lui fait de ce qu'il tire pour cet effet du fonds de ſa communauté, que l'acquittement d'une dette naturelle; ces alimens, quoique fournis du fonds de la communauté à cet enfant d'un précédent mariage, ne pouvant donc pas être regardés comme donnés en fraude, la femme n'en peut prétendre aucune récompenſe, les dettes de chacun des conjoints étant une charge de la communauté.

490. *Quid*, s'il y avoit par le contrat de mariage une convention expreſſe ou tacite de ſéparation de dettes, la femme pourroit-elle prétendre récompenſe des ſommes tirées de la communauté pour les alimens de cet enfant? Je penſe que même en ce cas, la femme n'eſt pas fondée à en prétendre récompenſe; ces alimens ſont comme une rente viagere que le mari devoit dès avant ſon mariage. Or nous avons vu *ſuprà*, *n.* 360, que même en cas de ſéparation de dettes, il n'étoit pas dû récompenſe à la communauté pour les arrérages courus pendant le temps de la communauté, & payés des deniers de la communauté; parce que ces arrérages étoient une charge annuelle qui diminuoit de plein droit les revenus du mari, débiteur de la rente, qui tombent dans la communauté: on en peut dire autant des alimens qu'il devoit à l'enfant de ſon premier lit.

491. Si cet enfant avoit un bien ſuffiſant pour ſubvenir à ſes alimens, ſon pere en ce cas, ne lui en doit pas. C'eſt pourquoi, ſi les lui ayant fournis aux dépens de ſa ſeconde communauté, il ne les a pas employés en dépenſe dans le compte qu'il lui a rendu, & que par ce moyen le reliquat de ce compte qui a été payé à cet enfant par la ſeconde communauté, ſe ſoit trouvé plus fort; la ſomme dont ce reliquat s'eſt trouvé plus fort qu'il ne l'eût été, ſi les alimens euſſent été employés en dépenſe, eſt un avantage que le mari eſt cenſé avoir fait des deniers de la communauté à cet enfant, & dont le mari doit récompenſe.

Cela a lieu lorſque c'eſt par une remiſe purement gratuite que le mari n'a pas employé en dépenſe dans le compte qu'il a rendu à l'enfant de ſon premier mariage, les alimens qu'il lui a fournis des biens de la communau-

té ; mais s'il ne les avoit pas employés en dépense par une compensation qu'il en auroit faite avec les services que cet enfant auroit rendus à la maison, il est évident qu'il n'auroit fait en ce cas aucun avantage à cet enfant, & qu'il n'y a lieu à aucune récompense.

492. Quoique nous ne devions pas des alimens à nos collatéraux, si le mari avoit pour héritier présomptif un de ses parens collatéraux qui étoit dans l'indigence, & qu'il ait tiré de sa communauté de quoi lui fournir des alimens, je ne pense pas que cette donation d'alimens doive être regardée comme faite en fraude de la part de la femme, & comme devant donner lieu à une récompense ; c'est l'acquittement d'une dette naturelle ; c'est une aumône : on ne peut pas dire en ce cas, qu'il *a enrichi son héritier* aux dépens de la communauté, il l'a seulement fait vivre.

493. Lorsque le mari a eu auprès de lui son héritier présomptif, pour lui faire compagnie, & que par cette considération il n'a exigé de lui aucunes pensions, quoiqu'il eût le moyen d'en payer, je ne pense pas que cela doive passer pour une donation faite en fraude, & qui donne lieu à la récompense : on ne doit pas prendre si à la rigueur la défense d'avantager ses hoirs aux dépens de la communauté.

394. Il y a un autre cas auquel la donation que le mari a faite de quelques biens de la communauté à son héritier présomptif en collatérale, n'est point faite en fraude, & ne donne en conséquence lieu à aucune récompense : c'est le cas auquel la femme y a expressément consenti, & sur-tout lorsqu'elle a parlé au contrat, & donné conjointement avec son mari : il est évident que la donation ne peut paroître en ce cas faite en fraude de la femme, car *nemo volens fraudatur.* Néanmoins Lebrun, *ibid. n.* 23, dit que notre décision ne doit avoir lieu que dans la Coutume de Paris, qui permet expressément à l'un des conjoints qui n'a point d'enfans, de donner aux enfans de l'autre, & à plus forte raison aux héritiers présomptifs en collatérale de l'autre ; mais il soutient que dans les autres Coutumes, à l'exception de celle de Paris, il n'est pas permis à l'un des conjoints de donner ni aux enfans, ni aux héritiers présomptifs, quoique collatéraux de l'autre conjoint ; d'où il conclut que, lorsqu'une femme a donné conjointement avec son mari des biens de la communauté à un héritier présomptif de son mari, la donation est nulle pour la moitié que la femme a donnée, & qu'il y a lieu à la récompense pour l'autre moitié que le mari a donnée.

Je conviens avec Lebrun que dans toutes les Coutumes, à l'exception de celle de Paris, il n'est pas permis à l'un des conjoints de donner aux enfans que l'un des conjoints a d'un précédent mariage, comme nous l'allons voir au nombre suivant : mais je ne sais où il a trouvé qu'il étoit pareillement défendu à un conjoint de donner aux héritiers présomptifs en collatérale de l'autre conjoint : cette assertion de Lebrun n'est fondée, ni sur aucune raison ni sur aucune autorité, & est contredite par l'usage. Il cite Ricard, Traité des Donations, *part.* 1, *n.* 727 ; mais Ricard, au lieu cité, dit seulement que l'un des conjoints ne peut donner aux pere, mere & enfans de l'autre conjoint : il ne dit pas un seul mot des collatéraux. On doit donc tenir pour constant que la femme pouvant valablement donner aux parens collatéraux de

de ſon mari, quoique ſes héritiers préſomptifs, elle peut auſſi valablement conſentir aux donations que leur fait ſon mari durant la communauté, & qu'au moyen de ce conſentement, ces donations ne ſont pas cenſées faites en fraude, & ne donnent lieu à aucune récompenſe.

495. Il n'en eſt pas de même des enfans que le mari a d'un précédent mariage. Dans toutes les Coutumes qui ne permettent pas aux conjoints de s'avantager durant le mariage, à l'exception de la ſeule Coutume de Paris, il n'eſt pas plus permis à une femme de donner durant le mariage aux enfans de ſon mari d'un précédent mariage, que de donner à ſon mari lui-même; ce qui eſt fondé ſur ce principe, que l'affection que nous avons pour nos enfans, nous fait regarder ce qu'on leur donne, comme nous étant donné à nous-mêmes; *quod donatur filio, videtur donatum patri.* Mais ſi la femme ne peut pas donner aux enfans de ſon mari d'un précédent mariage, elle ne peut pas non plus, par un conſentement qu'elle donneroit à la donation que le mari feroit auxdits enfans des biens de la communauté, renoncer à la récompenſe à laquelle cette donation doit donner lieu.

496. Les perſonnes qui ſont incapables des donations que le mari leur a faites des biens de la communauté, tels que ſont les enfans d'un précédent mariage; & à défaut d'enfans, ſes héritiers préſomptifs en collatérale n'en ſont incapables que vis-à-vis de la femme, & non vis-à-vis du mari qui leur en fait donation; c'eſt pourquoi elles ne ſont point nulles, mais elles ne peuvent porter aucun préjudice à la femme, & elles doivent en conſéquence être cenſées faites ſur la ſeule part du mari dans les biens de la communauté. C'eſt pourquoi, au partage des biens de la communauté, qui doit ſe faire après ſa diſſolution, le mari ou ſes héritiers doivent en faire récompenſe, en rapportant par fiction à la maſſe de la communauté, le montant deſdites donations, lequel doit être précompté ſur la part du mari.

Le mari ne doit rapporter ainſi par fiction que les ſommes qu'il a données à ces perſonnes; il n'eſt pas obligé d'en rapporter les intérêts depuis la donation juſqu'à la diſſolution de communauté. Pareillement lorſque ce ſont des conquêts qu'il a donnés, il n'eſt pas obligé de tenir compte des fruits que le donataire en a perçus; mais du jour de la diſſolution de communauté, les intérêts de la ſomme due à la communauté pour la récompenſe deſdites donations, ſont dus, de même que de toutes les autres eſpeces de récompenſes, comme nous le verrons en la quatrieme Partie.

## Article III.

### *Du droit de la femme ſur les biens de la communauté.*

497. Le droit de la femme ſur les biens de la communauté, n'eſt, pendant qu'elle dure, qu'un droit informe, puiſque non-ſeulement elle ne peut ſeule & d'elle-même diſpoſer en rien de la part qu'elle y a; mais c'eſt ſon mari qui, en ſa qualité de chef de la communauté, a ſeul, tant qu'elle dure, le droit de diſpoſer comme de ſa propre choſe, de tous les effets qui la compoſent, tant pour la part de la femme que pour la ſienne, ſans en être comptable, comme nous l'avons vu *ſuprà*, article premier.

Le droit de la femme ſe réduit donc, tant que la communauté dure, à une ſimple eſpérance de partager les biens qui ſe trouveront la compoſer lors de ſa diſſolution; ce n'eſt que par cette diſſolution que le droit de la femme eſt ouvert, & qu'il devient un droit véritable & effectif de propriété pour moitié de tous les biens qui ſe trouvent alors la compoſer.

498. La femme ne peut, comme nous l'avons dit, ſeule & d'elle-même, diſpoſer de rien de ſa part de la communauté, tant que la communauté dure; mais elle peut en diſpoſer conjointement avec ſon mari.

Elle peut diſpoſer & contracter des biens de la communauté, conjointement avec ſon mari, de deux manieres différentes, ou en ſa ſeule qualité de commune, ou en ſon propre nom.

Lorſque le mari diſpoſe & contracte ſeul des biens de la communauté, comme c'eſt en ſa qualité de chef de la communauté qu'il eſt cenſé contracter, il eſt en conſéquence cenſé contracter, tant pour lui que pour ſa femme; & ſa femme, quoiqu'elle ne ſoit pas préſente, ni nommée au contrat, eſt cenſée contracter avec lui pour la part qu'elle a dans la communauté; mais elle n'eſt cenſée contracter qu'en ſa ſeule qualité de commune, & non en ſon propre nom: c'eſt pourquoi, en renonçant à la communauté, elle peut ſe décharger de toutes les obligations qui réſultent du contrat, même vis-à-vis celui avec qui ſon mari a contracté.

Cela a lieu, non-ſeulement à l'égard des obligations qui naiſſent des contrats, mais à l'égard de toutes celles que le mari contracte durant la communauté.

Par exemple, lorſque le mari, durant la communauté, contracte envers quelqu'un l'obligation de réparer le tort qu'il lui a cauſé par quelque délit, la femme n'eſt pas à la vérité, cenſée avoir commis avec ſon mari, le délit que ſon mari a commis; mais elle eſt cenſée s'être obligée avec lui en ſa qualité de commune, à la réparation de ce délit.

499. Lorſque par le contrat par lequel le mari contracte & diſpoſe de quelques biens de ſa communauté, la femme autoriſée eſt préſente & partie au contrat, elle contracte en ce cas, non-ſeulement en ſa qualité de commune en biens, mais en ſon propre nom; & elle ne peut pas en ce cas, en renonçant à la communauté, ſe décharger des obligations réſultantes de ce contrat vis-à-vis du créancier avec qui elle a contracté, ſauf à elle à s'en faire indemniſer par ſon mari, ou par les héritiers de ſon mari.

500. Lorſqu'une femme, marchande publique, diſpoſe d'effets de la communauté par des contrats rélatifs à ſon commerce, elle eſt cenſée diſpoſer conjointement avec ſon mari, lequel en lui ſouffrant faire ſon commerce, eſt cenſé approuver ces contrats, & les faire avec ſa femme; comme c'eſt la femme en ce cas qui contracte elle-même, elle s'oblige non-ſeulement en ſa qualité de commune, mais en ſon propre nom.

501. Le droit de la femme devenant ouvert par la diſſolution de la communauté, on a fait la queſtion de ſçavoir, ſi lorſque cette diſſolution arrivoit par une condamnation capitale de la femme, la moitié de la femme dans les meubles & conquêts, tomboit en confiſcation? Les Coutumes de Touraine, *art.* 255, & de Bourbonnois, *art.* 266, ont décidé pour l'affirmative.

Le plus grand nombre a décidé pour la négative, & c'eſt le Droit commun qui a été confirmé par Arrêt du 14 Mai 1703, rapporté par Déniſart ſur le mot *Confiſcation*. La raiſon eſt, que le droit qu'a la femme ſur les biens de la communauté, ne pouvant être ouvert que lors de la diſſolution; & la femme, dans cette eſpece, ſe trouvant, lors de la diſſolution, morte civilement, puiſque c'eſt par ſa mort civile que cette diſſolution s'opere, il s'enſuit que dans cette eſpece le droit de la femme ſur les biens de la communauté, n'a jamais pu être ouvert à ſon profit; ne pouvant pas y avoir d'ouverture d'un droit au profit de cette femme, qui n'exiſte pas dans la ſociété civile; ne ſe trouvant donc pas dans les biens de la femme, au temps de ſa mort civile qui donne lieu à la confiſcation, aucun droit ouvert & formé qu'elle eût dans les biens de la communauté, le fiſc n'en peut rien confiſquer.

On oppoſera peut-être que, lorſque la diſſolution de la communauté arrive par le prédécès de la femme, elle tranſmet ſon droit ſur les biens de la communauté à ſes héritiers, quoique lors de ſon prédécès, qui a opéré la diſſolution de communauté, elle n'exiſtât plus, non-ſeulement dans la ſociété civile, mais même dans la nature. Donc lorſque la diſſolution de communauté arrive par une condamnation capitale de la femme, elle peut pareillement tranſmettre ſon droit ſur les biens de la communauté au fiſc qui lui ſuccede, quoique lors de la diſſolution de communauté, elle n'exiſtât plus dans la ſociété civile.

La raiſon de différence eſt que, lorſque nous contractons, nous ſommes cenſés contracter pour nous & pour nos héritiers : *qui paciſcitur, ſibi heredique ſuo paciſcitur*; c'eſt ce qui fait que lorſqu'il n'y a pas ouverture aux droits réſultants d'un contrat du vivant de la perſonne qui a contracté, il peut y avoir ouverture auxdits droits après ſa mort, au profit des héritiers de cette perſonne, puiſque leſdits héritiers ſont cenſés compris dans le contrat. Les parties contractantes étant cenſées avoir contracté pour elles & pour leurs héritiers, il peut donc y avoir ouverture au profit des héritiers de la femme au droit de la femme ſur les biens de la communauté, quoique la diſſolution de la communauté qui y donne ouverture, arrive par le prédécès de la femme; car la femme, en ſtipulant une communauté de biens, l'a ſtipulée pour elle & pour ſes héritiers.

Mais on ne peut pas dire de même, que la femme, en ſtipulant une communauté de biens, ſoit cenſée l'avoir ſtipulée pour elle & pour le fiſc, s'il devenoit ſon ſucceſſeur.

Il ne peut donc pas y avoir ouverture au profit du fiſc au droit de la femme ſur les biens de la communauté; & elle ne peut tranſmettre au fiſc la moitié deſdits biens, à moins que le droit n'ait été ouvert de ſon vivant.

502. La diſſolution de communauté qui arrive par la condamnation de la femme à une peine capitale, ne pouvant donner ouverture au droit de la femme ſur les biens de la communauté, ni au profit de la femme, ni au profit du fiſc qui lui ſuccede; la part de la femme dans leſdits biens, doit-elle demeurer au mari, *jure non decreſcendi*, ou doit-elle appartenir aux héritiers de la femme ? Il paroît qu'elle ne doit pas appartenir aux héritiers de la femme, & qu'elle doit appartenir au mari, *jure non decreſcendi*; la raiſon

eſt, que le droit d'avoir des héritiers à qui nous tranſmettions notre ſucceſſion, eſt un droit que nous ne tenons que de la loi civile, qui ne peut appartenir par conſéquent qu'aux perſonnes à qui la loi civile l'accorde. Or dans les Provinces où la confiſcation a lieu, la loi civile n'accorde point ce droit aux perſonnes qui ſont condamnées à une peine capitale : les enfans ou autres parens de la femme condamnée à une peine capitale, n'ont donc pas droit de ſe porter ſes héritiers, & de demander en cette qualité ſa part dans les biens de la communauté, laquelle doit en conſéquence demeurer au mari, *jure non decreſcendi ;* c'eſt la diſpoſition des Coutumes de Nivernois, *chap.* 2, *art.* 4 ; d'Auxerre, *art.* 29. C'eſt le ſentiment de Bacquet, Traité des Droits de Juſtice, *chap.* 15. Il paroît que c'étoit auſſi celui de Dumoulin, lequel ſur l'article 3 du chapitre 5 de la Coutume de Montargis, dit : *jure ſocietatis præmanente marito per jus non decreſcendi.*

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui adjugent aux héritiers de la femme condamnée à mort, ſa part dans les biens de la communauté. Notre Coutume d'Orléans eſt de ce nombre : il y eſt dit en l'article 209 : » Femme condamnée & exécutée pour ſes démérites, ne confiſque les meubles & conquêts immeubles qu'elle & ſon mari ont lors de la condamnation : ains demeurent aux héritiers de ladite femme. » La Coutume de Laon, *art.* 209, a une pareille diſpoſition. La raiſon ſur laquelle ſe ſont fondées ces Coutumes, eſt que c'eſt la confiſcation qui prive la perſonne condamnée, du droit de tranſmettre ſa ſucceſſion à ſes héritiers ; & que de même qu'elle la leur tranſmet dans les Provinces où la confiſcation n'a pas lieu, elle peut de même dans les Provinces où elle a lieu, tranſmettre à ſes héritiers ſes droits, qui, n'étant pas encore ouverts au temps de la confiſcation, n'ont pu tomber dans la confiſcation.

Remarquez ces termes dont ſe ſert la Coutume, *la femme condamnée & exécutée :* par ces termes *& exécutée*, la Coutume inſinue, que tant que la condamnation de la femme à une peine capitale n'a pas été ſuivie de ſa mort naturelle, le mari a le droit de retenir la part de la femme dans les biens de la communauté, juſqu'à la mort naturelle de ſa femme, comme s'il n'y avoit pas eu de diſſolution de communauté, le mari ne devant pas ſouffrir du crime de ſa femme qui l'a privée de ſon état civil.

# TROISIEME PARTIE.

## *De la dissolution de Communauté ; de l'acceptation qu'en font la femme ou ses héritiers ; & de leur rénonciation à la communauté.*

NOUS exposerons dans le premier Chapitre, les différentes manieres dont se dissout la communauté. Dans le Chapitre second, nous traiterons de l'Acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers ; & de leur renonciation à la communauté.

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des manieres dont se dissout la Communauté.*

NOUS parcourrons dans un premier article, les différentes manieres dont se dissout la communauté ; dans un second article, nous traiterons en particulier, de la séparation.

### ARTICLE PREMIER.

### *Quelles sont les différentes manieres dont se dissout la communauté.*

503. La communauté qui est entre un mari & une femme, se dissout, de même que toutes les autres sociétés, par la mort naturelle de l'une ou de l'autre des parties : *Morte socii solvitur societas.*

504. Elle se dissout aussi par la mort civile qui survient à l'une ou à l'autre des parties, par une condamnation à une peine capitale.

Quoique cette mort civile n'empêche pas le mariage de subsister quant au lien naturel, il ne subsiste plus néanmoins comme mariage civil, il n'a plus les effets civils ; d'où il suit que la communauté conjugale qui étoit entre les parties, laquelle étoit un des effets civils du mariage, ne peut plus subsister ; cette communauté étant quelque chose de civil, il ne peut plus y avoir de communauté avec une personne qui n'existe plus dans la société civile.

Quoique, suivant ces principes, la condamnation de la femme à une peine capitale, doive opérer la dissolution de la communauté ; néanmoins, comme le mari ne doit pas souffrir du crime de sa femme auquel il n'a pas eu de part, ni de la peine de ce crime, quelques Auteurs ont prétendu que le mari, outre la moitié de la femme dans les biens de la communauté qu'il

retenoit, *jure non decrescendi*, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 501, devoit encore jouir des revenus des biens propres de sa femme, confisqués jusqu'à la mort naturelle de sa femme, comme s'il n'y avoit pas eu de dissolution de communauté; mais Denisart, sur le mot *Confiscation*, rapporte un Arrêt du 14 Mars 1703, rendu en la Premiere des Enquêtes, sur un partage d'avis en la Grand'Chambre, par lequel le mari a été débouté de cette prétention, par rapport aux revenus des propres de sa femme confisqués.

505. Lorsque l'un des conjoints est absent, sans qu'on sçache s'il est mort ou vivant, la communauté est provisionnellement réputée dissoute du jour de la demande que les héritiers présomptifs de l'absent, qui après le temps fixé par la Coutume ou par l'usage, se sont fait envoyer en possession des biens de l'absent, ont donné contre le conjoint présent; ou du jour de celle que le conjoint a donnée contre eux.

On ne peut pas prétendre qu'elle ait été dissoute plutôt, faute de pouvoir prouver le temps de la mort de l'absent, qui en ait opéré la dissolution. Si l'absent reparoissoit, quelque partage qu'on eût fait des biens de la communauté, elle seroit censée n'avoir jamais été dissoute; & ceux qui ont été mis en possession provisionnellement des biens de l'absent, seroient tenus d'en rendre compte.

506. La communauté se dissout par la séparation de biens: nous en traiterons spécialement dans l'article suivant.

Elle se dissout aussi par la séparation d'habitation, qui emporte toujours avec elle la séparation de biens; cette matiere de la séparation d'habitation a été déja par nous traitée dans notre Traité du Contrat de Mariage, *part.* 6, *chap.* 3: nous y renvoyons.

507. Le Jugement, qui sur la plainte du mari, déclare la femme convaincue d'adultere, opére aussi la dissolution de la communauté, & prive la femme d'y prendre part. Voyez ce que nous en avons dit en notre Traité du Mariage.

Néanmoins, si le mari dans le terme dans lequel le Jugement de condamnation lui permet de reprendre sa femme, l'avoit ramenée en sa maison; il seroit censé lui avoir pardonné sa faute; & au moyen de ce pardon, les parties seroient censées avoir rétabli leur communauté de biens, laquelle seroit censée avoir toujours continué.

508. Le Jugement qui déclare un mariage nul, n'est pas tant une dissolution de la communauté conjugale, qu'une déclaration qu'il n'y a jamais eu de véritable communauté conjugale; la convention de communauté étant, de même que toutes les autres conventions des contrats de mariage, dépendante de la condition *si nuptiæ sequantur.*

Observez que s'il n'y a pas eu une véritable communauté conjugale, il y a eu entre les parties, une société de fait, au partage de laquelle chacune des parties doit retirer ce qu'elle y a mis, & les profits doivent être partagés entre elles. C'est ce qui a été jugé par Arrêt entre les héritiers de Sailli, & ceux de Charlotte de Crequi.

509. L'état de fureur, ou même de démence, de l'un ou de l'autre des conjoints, ne dissout pas la communauté au moins de plein droit; cet état

dans le mari, peut ſeulement être pour la femme, une cauſe de demander la ſéparation.

## ARTICLE II.

### *De la ſéparation de biens.*

Nous verrons ſur cette matiere, 1°. pour quelles cauſes peut intervenir la ſéparation de biens, & par qui elle peut être demandée : 2°. comment ſe fait cette ſéparation : 3°. comment elle peut être détruite.

### §. I.

### *Pour quelles cauſes peut intervenir la ſéparation de biens.*

510. La femme peut donner contre ſon mari la demande en ſéparation de biens, pour les mêmes cauſes pour leſquelles, par le droit Romain, la femme pouvoit demander durant le mariage, la reſtitution de ſa dot.

La Loi 24, *ff. ſol. matrim.* nous apprend quelles ſont ces cauſes. C'eſt, dit cette Loi, toutes les fois que la dot de la femme eſt en péril, & qu'il paroît que le mauvais état des affaires du mari rendent ſes biens inſuffiſans pour en répondre : *Si conſtante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus ? Et conſtat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentiſſimè apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non ſufficere.*

Il n'eſt pas néanmoins néceſſaire, pour que la femme ſoit reçue à demander la ſéparation, que ſon mari ſoit devenu entiérement inſolvable ; la ſéparation ſeroit alors pour elle un remede inutile : il ſuffit qu'il commence à le devenir, & que le mauvais train que prennent ſes affaires, donne lieu de craindre qu'il ne le devienne de plus en plus.

Il n'eſt pas néceſſaire que le mauvais état des affaires du mari ſoit arrivé par ſa faute & par ſa mauvaiſe conduite ; quoique le dérangement de ſes affaires ſoit arrivé ſans ſa faute, par des pertes conſidérables ſurvenues dans ſon commerce, qu'il n'avoit pas pu prévoir, il ſuffit, pour obtenir la ſéparation, que les biens du mari ne ſoient plus ſuffiſans pour répondre de la dot de la femme.

511. Le défaut d'emploi des deniers dotaux de la femme qu'elle s'eſt réſervés propres par ſon contrat de mariage, peut auſſi être un moyen pour obtenir la ſéparation, ſur-tout lorſque cet emploi a été ſtipulé par le contrat de mariage. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 10 Janvier 1699, rapporté par Augear, *tom.* 3, *ch.* 47. Cela néanmoins dépend des circonſtances ; & ce défaut d'emploi ne ſeroit pas ſeul un moyen ſuffiſant pour la ſéparation, s'il ne paroiſſoit du péril pour la dot ; ſoit parce que le mari n'auroit pas aſſez de biens-fonds pour en répondre, ſoit parce qu'il auroit des dettes conſidérables antérieures au mariage. L'Arrêt ci-deſſus cité, & rapporté par Augear, étoit dans cette eſpece ; c'eſt ainſi qu'on doit le concilier avec d'autres, qui ont débouté la femme de ſa demande en ſéparation, qu'elle fondoit ſur ce défaut d'emploi.

512. Le péril de la dot de la femme étant le fondement ordinaire des demandes en séparation de biens, en doit-on conclure, qu'une femme qui n'a apporté aucune dot à son mari, ne puisse jamais demander cette séparation ? Non : car une femme qui n'a apporté aucune dot, peut avoir un talent qui lui en tienne lieu, comme lorsqu'elle est une habile Couturiere, une excellente Brodeuse, *&c.* Si cette femme a un mari dissipateur, tous les gains qu'elle fait de son talent, entrant dans la communauté, ne servent qu'à fournir aux débauches de son mari, ou sont la proie de ses créanciers; la femme a donc intérêt d'obtenir la séparation de biens, pour se conserver à l'avenir les gains qu'elle peut faire de son talent.

513. Il n'y a que la femme qui puisse demander contre son mari la séparation de biens ; le mari ayant seul en sa libre disposition tous les biens de la communauté, n'est pas recevable à la demander. Lebrun néanmoins rapporte trois cas dans lesquels il estime que le mari peut être reçu à demander la séparation de biens. Le premier est, lorsque les affaires de sa femme sont si embrouillées, que toute sa fortune ne suffit pas pour les débrouiller. Il cite un Arrêt rapporté par Peleus, v. 25, qui a fait droit sur la demande en séparation donnée par un mari, fondée sur ce que sa femme avoit cent quatorze procès indécis. Le second cas est, lorsque les arrérages annuels des rentes dues par la femme, excedent considérablement ses revenus. Le troisieme est, lorsqu'un héritage de la femme étant chargé de rentes foncieres qui excedent le revenu, la femme a l'obstination de ne pas vouloir consentir au déguerpissement. Lebrun prétend que dans ces trois cas, le mari peut demander la séparation, avec cette différence néanmoins que la femme qui se fait séparer de biens, renonce à la communauté, tant pour le passé que pour l'avenir ; au-lieu que le mari ne peut renoncer à la communauté pour le passé, & il est tenu de toutes les dettes de sa femme qui y sont entrées ; il ne peut se décharger de la communauté que pour l'avenir. Je doute très-fort que le mari fût écouté, même dans les trois cas rapportés par Lebrun. Denisart, sur le mot *Séparation*, rapporte un Arrêt du 24 Juillet 1745, qui sur l'appel d'une sentence du Bailliage de Bourges, qui avoit admis une demande en séparation de biens donnée par un mari contre sa femme, déclara la sentence & toute la procédure, nulle ; nonobstant l'usage de la Province d'admettre ces demandes, attesté par la Thaumassiere en ses maximes.

## §. II.

### *Comment se fait la séparation de biens.*

514. La séparation de biens ne peut se faire par le seul consentement mutuel des parties ; il est nécessaire qu'elle soit ordonnée par une sentence du Juge, rendue avec connoissance de cause.

La raison est, que toutes les conventions de mariage sont irrévocables, & ne peuvent se changer durant le mariage, même par le consentement mutuel des parties, parce que tels changemens pourroient renfermer des avantages

avantages indirects qui ne ſont pas permis entre conjoints par mariage.

Suppoſons, par exemple, que deux conjoints par mariage, dont l'un a beaucoup plus de revenus que l'autre, ont contracté une communauté de biens, laquelle augmente tous les ans par les emplois que le mari fait des revenus de ladite communauté; n'eſt-il pas évident que celui des conjoints qui a beaucoup moins de revenu que l'autre, feroit un très-grand avantage à celui qui en a plus, en conſentant à une ſéparation de biens?

On doit donc, pour empêcher de pareils avantages prohibés entre conjoints, rejetter les ſéparations de biens qui ſe feroient par le ſeul conſentement des parties.

Une tranſaction par laquelle les parties conviendroient d'une diſſolution de communauté, & qu'à l'avenir chacune des parties jouiroit ſéparément de ſon bien, ſeroit donc un acte nul.

Cela a lieu, quand même dès le temps de cette tranſaction, la femme auroit eu de juſtes raiſons de demander cette ſéparation, auxquelles le mari ſe ſeroit rendu; car pour que la ſéparation ſoit nulle, il ſuffit que ſa ſéparation n'ait pas été faite dans la forme dans laquelle elle doit être faite.

Cela a lieu, quand même les parties auroient fait homologuer en juſtice cette tranſaction; l'une ou l'autre partie, ou ſes héritiers, pourroient, en appellant de la ſentence d'homologation, faire déclarer nulle la ſéparation; & les créanciers le pourroient pareillement, en formant oppoſition à cette ſentence d'homologation.

La ſéparation de biens ne peut donc ſe faire que par une ſentence qui l'ordonne après une connoiſſance de cauſe préalable.

C'eſt ce qu'enſeigne l'article 198 de la Coutume d'Orléans, qui doit être ſuivi dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées, & qui forme à cet égard le droit commun. Il y eſt dit: » Les ſéparations de biens d'entre » homme & femme, conjoints par mariage, ſe doivent faire avec connoiſ» ſance de cauſe & information préalablement faite par les Juges des lieux » où demeureront ceux qui requerront leſdites ſéparations: & ne ſeront leſ» dites ſéparations déclarées valables, ſinon que les ſentences d'icelles aient » été publiées en jugement à jour ordinaire, le Juge ſéant, & enrégiſtrées » en la juriſdiction dudit Juge, & exécutées ſans fraude ».

515. Pour parvenir à la ſentence de ſéparation de biens, la femme doit commencer par donner requête au Juge, par laquelle elle expoſe les ſujets qu'elle a de demander la ſéparation, & elle demande à être par lui autoriſée à donner cette demande contre ſon mari; le Juge met au bas de la requête ſon ordonnance par laquelle il l'y autoriſe; & ſi elle eſt mineure, il lui nomme un curateur, ſous l'autorité duquel elle procédera; c'eſt ordinairement ſon Procureur qu'on nomme pour ſon curateur à cet effet.

En vertu de cette ordonnance, la femme doit aſſigner ſon mari devant le Juge, pour voir ordonner de la ſéparation. Elle ne doit pas pour cela ſe retirer de la maiſon de ſon mari; & en cela, la demande en ſéparation de biens differe de celle en ſéparation d'habitation.

Le Juge à qui la femme doit s'adreſſer, & devant qui la demande doit

être donnée, eſt le Juge du domicile des parties, comme il eſt porté par l'article ci-deſſus rapporté.

Ce qui n'exclut pas néanmoins le Juge de privilege, lorſque le mari a droit de *committimus*.

Les Juges d'Egliſe en avoient autrefois prétendu la connoiſſance; mais étant conſtant aujourd'hui qu'ils ſont incompétens pour connoître des demandes en ſéparation d'habitation, comme nous l'avons vu en notre Traité du Contrat de Mariage, *n.* 518, à plus forte raiſon le ſont-ils pour les demandes en ſimple ſéparation de biens.

516. Sur cette demande, le Juge ne doit ordonner la ſéparation qu'après que la femme aura fait la preuve des faits qui ſervent de fondement à ſa demande, c'eſt-à-dire, du mauvais état des affaires de ſon mari, qui met ſa dot en péril. C'eſt ce que la Coutume enſeigne par ces termes: *Les ſéparations..... ſe doivent faire avec connoiſſance de cauſe, & information préalablement faite.*

Ce terme, *information*, ſe prend *pour enquête*, & même dans un ſens encore plus large, pour toutes ſortes de genres de preuves par leſquelles le Juge puiſſe être *informé* & certifié de la vérité des faits qui donnent lieu à la ſéparation; car, comme nous le verrons ci-après, il n'eſt pas toujours néceſſaire pour cela d'entendre des témoins, la preuve pouvant ſouvent s'en faire par des pieces, beaucoup mieux que par des témoins.

Quand même le mari auroit par ſes défenſes, avoué les faits qui ſervent de fondement à la demande de la femme, le Juge ne doit pas moins exiger qu'elle en faſſe la preuve; car les ſéparations ne devant pas ſe faire du conſentement des parties, il eſt néceſſaire, pour éviter la colluſion qui pourroit être entre le mari & la femme, que les faits qui ſervent de fondement à la femme, ſoient juſtifiés autrement que par l'aveu du mari.

C'eſt pourquoi, ſoit que le mari ſoit diſconvenu des faits allégués par la femme pour fonder ſa demande, ſoit qu'il en ſoit convenu, le Juge en l'un & l'autre cas, doit rendre un appointement qui permette à la femme d'en faire la preuve tant par pieces que par témoins; & au mari, de faire la preuve contraire

Cette preuve ſe fait tant par témoins qui dépoſent de la mauvaiſe conduite du mari, que par des pieces qui l'établiſſent: ſouvent même il n'eſt pas néceſſaire de faire entendre des témoins, les pieces produites par la femme étant ſouvent ſeules ſuffiſantes pour établir le mauvais état des affaires du mari, qui met en péril la dot de la femme; telles que peuvent être les pieces juſtificatives de la ſaiſie réelle des biens du mari, les pieces juſtificatives de ſa faillite, une multitude de ſentences obtenues contre lui pour des ſommes conſidérables.

517. Après que la femme a fait la preuve des faits qui ſervent de fondement à ſa demande, le Juge rend la ſentence, qui ordonne que les parties ſeront ſéparées de biens.

C'eſt cette ſentence qui diſſout la communauté.

La ſentence néanmoins n'a cet effet qu'autant que la femme ſatisfait aux autres choſes requiſes par l'article ci-deſſus cité; ſi elle manquoit d'y ſa-

tisfaire, elle ſeroit cenſée s'être déſiſtée du profit de la ſentence, laquelle demeureroit ſans effet.

La Coutume ordonne en premier lieu, que la ſentence ſera publiée en jugement à jour ordinaire, le Juge ſéant.

Cela eſt requis pour les ſentence de ſéparation qui ont été rendues en procès par écrit ſur un appointement à mettre; ſi la Sentence avoit été rendue à l'audience ſur la plaidoirie des Avocats ou Procureurs, il ne ſeroit pas beſoin d'une autre publication.

Cette publication eſt requiſe pour la publicité de la Sentence, étant néceſſaire que le public ſoit inſtruit de ces ſéparations, & qu'il ſçache que le mari n'a plus le droit de diſpoſer des revenus des biens de ſa femme; & que la femme eſt en état de contracter pour l'adminiſtration de ſes biens, ſans avoir beſoin d'autoriſation.

La Coutume dit, que la publication ſe fera *à jour ordinaire*. Si les Juges, pour quelque ſujet, avoient indiqué un jour d'audience extraordinaire, elle ne ſeroit pas valablement faite à cete audience; mais les audiences qui ſe tiennent réguliérement à certains jours pendant le temps des vacations, pour l'expédition des affaires proviſoires, ſont des audiences tenues *à jour ordinaire*; & je ne doute pas qu'une Sentence de ſéparation y puiſſe être valablement publiée.

La Coutume dit, *le Juge ſéant*, pour faire entendre que la publication ne ſeroit pas valablement faite, ſi elle étoit faite après que le Juge a levé l'audience.

L'Ordonnance de 1673, *tit.* 8, preſcrit des formalités particulieres pour les ſéparations des femmes des marchands, tant en gros qu'en détail, & des banquiers; elle ordonne que les Sentences de ſéparation ſoient publiées à l'audience de la juriſdiction Conſulaire, s'il y en a; ſinon, dans l'aſſemblée de l'Hôtel-de-Ville; & qu'elles ſoient inſérées dans un tableau expoſé en lieu public.

Elle ordonne pareillement, que dans les lieux où la communauté de biens entre homme & femme, eſt de coutume ou d'uſage, les clauſes des contrats de mariage de ces perſonnes qui y dérogent, ſoient pareillement publiées & inſérées dans un tableau, *à peine de nullité*, (c'eſt-à-dire, que la femme, faute d'avoir ſatisfait à cette formalité, ne pourra oppoſer ſa ſéparation, ni obtenir la recréance de ſes meubles qui auroient été ſaiſis par les créanciers de ſon mari, comme appartenans au mari.)

La formalité du tableau ne s'obſerve plus ici: je ne ſçais pas ſi elle s'obſerve dans d'autres villes.

Outre cette formalité de la publication en jugement, & de l'enregiſtrement de la ſentence de ſéparation, il y a encore dans différens Sieges des formalités particulieres qui y doivent être obſervées. Il y a un Réglement pour le Bailliage d'Orléans, qui ordonne que les Sentences de ſéparation ſeront publiées au prône, & dans les marchés à cri public, aux jours & heures des marchés; comme auſſi qu'elles ſeront ſignifiées au Syndic des Notaires. Ce Réglement ordonnoit auſſi qu'il y auroit dans l'auditoire un tableau dans lequel il y auroit une note de toutes les Sentences de ſépara-

tion, qui contiendroit la date, & les noms, demeures & qualités des parties; mais il y a long-temps que cela ne s'observe plus.

518. Enfin, pour qu'une Sentence de séparation soit valable, il faut, comme il est dit par l'article ci-dessus rapporté, qu'elle ait *été exécutée sans fraude*, c'est-à-dire, qu'il faut qu'en exécution de la sentence de séparation, le mari ait restitué à sa femme sa dot, ou du moins qu'elle ait fait des poursuites pour se la faire rendre, & qu'elle ne les ait pas abandonnées.

## §. III.

### *De l'effet de la séparation de biens.*

519. Le principal effet de la séparation de biens, est qu'elle dissout la communauté, comme nous l'avons dit *suprà*.

La femme qui a obtenu une Sentence de séparation de biens, renonce ordinairement à la communauté; auquel cas la séparation ne donne lieu à aucun inventaire des biens de la communauté, ni à aucun partage; elle donne seulement lieu à l'action qu'a la femme contre son mari, pour la restitution de sa dot, c'est-à-dire, tant de ses reprises & remplois de propres, que de ce qu'elle a mis en communauté, & dont elle a par son contrat de mariage, stipulé la reprise en cas de rénonciation à la communauté.

Elle ne peut demander *ni préciput ni douaire*; sa demande seroit prématurée, ces choses ne lui étant dûes que dans le cas de la survie, qui n'est pas encore arrivé.

520. C'est une question, si la femme peut, après avoir obtenu une Sentence de séparation de biens, accepter la communauté, & en demander le partage? Il semble d'abord que cette demande implique contradiction avec la séparation de biens, qui ne peut être fondée que sur le mauvais état des affaires du mari, & par conséquent de sa communauté: néanmoins Lebrun a fort bien remarqué qu'il peut se rencontrer des cas, où une femme, après avoir obtenu une Sentence de séparation de biens, est fondée à accepter la communauté, & à demander en conséquence qu'il soit procédé à l'inventaire & au partage des biens de la communauté.

Supposons, par exemple, qu'une femme a apporté en communauté tout son bien, qui consistoit en un gros mobilier; elle n'a pas fait de contrat de mariage, ou si elle en a fait un, elle n'y a pas stipulé la reprise de son apport en cas de rénonciation à la communauté: cette femme s'appercevant que son mari a déja dissipé la plus grande partie de son bien, & qu'il étoit en chemin d'achever de dissiper dans peu le peu qui en restoit, donne la demande en séparation, & sur la preuve qu'elle fait des débauches & de la dissipation de son mari, elle obtient Sentence de séparation: en exécution de cette sentence, elle ne renonce pas à la communauté, puisqu'en y renonçant, elle n'auroit rien à demander, mais elle l'accepte & elle demande à partager les débris qui en restent, qui sont sa seule ressource, pour la conservation de laquelle elle a demandé la séparation avant que son mari eût achevé de tout dissiper; n'est-il pas évident que dans ce cas, elle est

bien fondée à accepter la communauté, & à en demander le partage?

C'eſt ce qui ſe trouve autoriſé par un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 27 Juillet 1707, qui ſe trouve dans le Recueil de Deniſart. Il y eſt dit: » Lorſqu'une femme demande la ſéparation, elle a la faculté de re» noncer à la communauté, ou de l'accepter..... Il eſt vrai que ceux qui » n'ont pas fait réflexion ſur cet uſage, ſont d'abord prévenus d'un ſenti» timent contraire, ne pouvant pas comprendre qu'une femme qui deman» de la ſéparation, cauſée toujours ſur la ruine & la diſſipation de ſon mari, » puiſſe demander le partage d'une communauté qu'elle trouve bonne, puiſ» qu'elle demande à la partager; mais en réfléchiſſant, on trouvera que ce » qui s'eſt obſervé, eſt fondé en raiſon..... l'on a trouvé qu'il n'étoit pas » néceſſaire qu'un homme fût ruiné, pour obtenir par la femme une ſépa» ration; mais lorſque l'on connoiſſoit un déréglement..... l'on a cru qu'il » n'étoit pas juſte d'attendre que le bien qui avoit été acquis *ex mutuâ collabo» ratione*, fût diſſipé, & qu'une femme, en juſtifiant que ſon mari par ſes » déréglemens, *vergit ad inopiam*, pouvoit demander la ſéparation & le » partage de la communauté. «

521. La communauté étant diſſoute par la Sentence de ſéparation de biens, il n'eſt pas douteux que tout ce que chacun des conjoints acquiert depuis la ſéparation, il l'acquiert pour ſon compte; mais la Sentence de ſéparation a-t-elle un effet rétroactif, à l'effet d'empêcher de tomber en communauté ce que la femme auroit acquis dans le temps intermédiaire entre la demande & la Sentence? Par exemple, ſi dans ce temps intermédiaire, une perſonne eſt morte, qui a laiſſé cette femme pour ſon héritiere, la ſucceſſion mobiliaire qui a été acquiſe à cette femme du jour de la mort de cette perſonne, & par conſéquent dans le temps intermédiaire de la demande & de la Sentence de ſéparation, tombera-t-elle dans la communauté?

Pour la négative, on dira qu'il y a une différence à cet égard entre les ſociétés ordinaires & la communauté entre homme & femme: ſi dans les ſociétés ordinaires, la ſociété eſt cenſée diſſoute du jour de la demande en diſſolution de ſociété; c'eſt que dans les ſociétés ordinaires, la demande que je donne contre mon aſſocié, pour la diſſolution de la ſociété, eſt ou par elle-même ſuffiſante pour la diſſoudre, ou du moins elle met mon aſſocié en demeure de la diſſoudre: or je ne dois pas ſouffrir de la demeure injuſte en laquelle a été mon aſſocié, d'acquieſcer à une demande juſte que je lui faiſois, & qui a été trouvée telle par la Sentence qui y a fait droit; & il doit encore moins en profiter.

Au contraire, la communauté qui eſt entre un mari & une femme, ne pouvant ſe diſſoudre que par la Sentence du Juge; n'étant pas au pouvoir du mari d'acquieſcer à la demande en ſéparation qui eſt donnée contre lui, il paroîtroit que la communauté dût ſubſiſter juſqu'à la Sentence, & qu'on ne pût pas même dire que le mari ſoit par la demande, mis en demeure de la diſſoudre.

Nonobſtant ces raiſons, l'uſage du Châtelet de Paris, eſt de donner aux Sentences de ſéparation de biens, un effet rétroactif au jour de la demande en ſéparation, & de regarder la communauté comme ayant ceſſé, & ayant

été dissoute de ce jour. C'est en conséquence de cet usage, que la femme a coutume de faire dès le jour de sa demande, sa déclaration au Greffe, qu'elle renonce à la communauté. La raison de cet usage est, qu'étant établi par la Sentence de séparation qui a fait droit sur la demande de la femme, qu'elle a eu un juste sujet de demander la dissolution de communauté, cette dissolution de communauté étoit une justice qui lui étoit dûe dès le jour qu'elle l'a demandée, dont l'effet ne doit pas être retardé par la procédure qu'il faut faire pour parvenir à la Sentence de séparation, que les chicanes du mari font souvent durer pendant un très-long temps, avant que de parvenir à la Sentence.

L'usage du Châtelet ayant donné aux Sentences de séparation de biens, un effet rétroactif au jour de la demande, il paroît que c'est une conséquence d'adjuger à la femme du jour de la demande en séparation, les intérêts de sa dot, que le mari est condamné de lui restituer par la Sentence de séparation: néanmoins il y a un Arrêt du 8 Avril 1672, rapporté au troisieme Tome du Journal des Audiences, qui n'a adjugé à la femme les intérêts de sa dot que du jour de la Sentence de séparation. Nonobstant cet Arrêt, Lacombe sur le mot *séparation*, prétend que l'usage constant du Châtelet, est d'ajuger à la femme lesdits intérêts du jour de sa demande; bien entendu, sous la déduction des alimens qui ont été fournis à la femme depuis ce temps, & de la part dont elle a dû contribuer aux charges du mariage. Je pense que cela doit être laissé à l'arbitrage du Juge, qui compensera les intérêts de la dot depuis la demande jusqu'à la Sentence, avec les alimens fournis à la femme pendant ledit temps, & la part dont elle a dû contribuer aux charges du mariage, lorsqu'il trouvera qu'il n'y a pas grande différence, & sur-tout lorsque l'instance n'a pas duré longtemps. Mais lorsque par les chicanes du mari, l'instance aura duré longtemps, & que la dot étant considérable, les intérêts excedent de beaucoup lesdits choses, le Juge les adjugera du jour de la demande, sous lesdites déductions.

522. C'est un des effets de la Sentence de séparation, que la femme acquiert par-là le droit d'administrer ses biens, & de faire tous les contrats relatifs à cette administration, sans avoir besoin d'être autorisée; mais elle ne peut les aliéner sans être autorisée.

Tout ce que nous avons dit de la séparation contractuelle, *suprà*, *n.* 464, reçoit à cet égard application à la séparation judiciaire.

## §. IV.

### *Comment se détruit la séparation de biens judiciaire.*

523. Il y a cette différence entre la séparation judiciaire qui est formée par une Sentence de séparation, & la séparation contractuelle qui résulte d'une convention du contrat de mariage, que celle-ci est irrévocable, & que l'autre peut se détruire par le consentement des parties.

La raison de différence se tire de ce que les conventions de mariage

ſont irrévocables, & qu'il n'eſt pas au pouvoir des parties d'y déroger : c'eſt pourquoi lorſqu'il eſt convenu par un contrat de mariage, qu'il n'y aura pas de communauté de biens entre les futurs conjoints, & que chacun jouira ſéparément de ſes biens, les conjoints ne peuvent pas, par une convention contraire durant le mariage, établir entre eux une communauté de biens.

Au contraire, le retour à la loi du contrat de mariage étant favorable, lorſque les parties en ſe mariant, ont par une convention, ou expreſſe, ou implicite établi entre elles une communauté, laquelle pour de juſtes raiſons a été diſſoute par une Sentence de ſéparation, il eſt au pouvoir des parties de ſe départir par un conſentement mutuel, de cette ſéparation judiciaire, & de rétablir leur communauté, en remettant leurs biens enſemble.

La Sentence de ſéparation de biens peut donc être détruite, & elle peut l'être de deux manieres.

1°. Lorſque la femme qui l'a obtenue ne la met pas à exécution ; auquel cas, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 518, la Sentence demeure ſans effet, & n'opere aucune ſéparation.

2°. Quoique la ſéparation ait été exécutée, quelque long que ſoit le temps pendant lequel elle l'a été, il eſt au pouvoir des parties de détruire par un conſentement mutuel cette ſéparation, en remettant leurs biens enſemble.

524. Eſt-il néceſſaire que ce rétabliſſement de communauté ſoit conſtaté par un acte paſſé devant Notaires ou au Greffe ? Il faut à cet égard diſtinguer entre la ſéparation d'habitation & la ſimple ſéparation de biens.

Dans le cas de la ſéparation d'habitation, nous avons vu dans notre Traité du Contrat de Mariage, *n.* 524, que le retour de la femme en la maiſon de ſon mari, ſuffit ſeul pour détruire la Sentence de ſéparation d'habitation, ſans qu'il ſoit beſoin qu'il ſoit paſſé pour cet effet aucun acte devant Notaires ou au Greffe, parce que ce retour de la femme en la maiſon de ſon mari, eſt un fait notoire qui ne peut être ignoré du public.

Ce retour de la femme en la maiſon de ſon mari, en détruiſant la ſéparation d'habitation, détruit auſſi la ſéparation de biens qui eſt comme un acceſſoire ; à moins que la femme ne proteſte par un acte devant Notaires, qu'en retournant avec ſon mari, elle n'entend ſe départir que de la ſéparation d'habitation, & non de la ſéparation de biens. Je crois qu'il eſt de l'intérêt public, de permettre cette eſpece de proteſtation ; ſans quoi, une femme qui croit n'avoir plus rien à craindre des mauvais traitemens de ſon mari, dont l'âge a adouci le caractere, mais qui n'a pas la même confiance dans la conduite de ſon mari pour la ſureté de ſa dot, pourroit être détournée de retourner avec ſon mari, ſi ſon retour faiſoit néceſſairement ceſſer la ſéparation de biens.

525. Dans le cas d'une Sentence de ſimple ſéparation de biens, eſt-il néceſſaire que le rétabliſſement de communauté ſoit conſtaté par un acte devant Notaires ou au Greffe ? Je crois que cet acte eſt néceſſaire, au moins

ordinairement : la raiſon de différence eſt, que le rétabliſſement de communauté, après une Sentence de ſimple ſéparation de biens, n'eſt pas un fait notoire, comme l'eſt le retour d'une femme en la maiſon de ſon mari : quand même il ſeroit établi que depuis la ſéparation de biens, l'homme & la femme auroient fait en commun l'acquiſition de quelque héritage, ce ne ſeroit pas une preuve ſuffiſante qu'ils euſſent voulu rétablir leur communauté ; car ils ont pu faire cette acquiſition en commun, comme l'auroient pu faire deux étrangers qui n'auroient pas d'ailleurs de communauté entre eux. On ne peut pas non plus tirer une preuve d'un rétabliſſement de communauté, de ce que depuis la ſéparation, le mari auroit fait la récolte ſur les héritages propres de ſa femme, ni de ce qu'il y auroit fait faire des réparations au vu & au ſçu de ſa femme ; car le mari a pu faire ces choſes comme mandataire, ou comme *negotiorum geſtor* de ſa femme, ſans que les parties aient voulu pour cela rétablir leur communauté, qui a été diſſoute par la ſéparation : il eſt donc à propos d'exiger que le rétabliſſement de communauté ſoit prouvé par un acte authentique.

1°. Cela évite les procès, auxquels donneroient lieu les queſtions ſur la ſuffiſance, ou l'inſuffiſance des faits qui ſeroient allégués, pour établir le rétabliſſement de communauté.

2°. Ce rétabliſſement devant être connu du public, & ſur-tout de tous ceux qui peuvent avoir des affaires avec l'un ou l'autre des conjoints, il doit être établi par des actes authentiques, & on ne doit pas le faire dépendre d'indices équivoques & incertains. C'eſt l'avis de Lebrun en ſon Traité de la Communauté, *liv.* 3, *chap.* 1, *n.* 25. Cet Auteur veut même que l'acte de rétabliſſement de ſociété, ſoit paſſé au Greffe du Siege où la Sentence de ſéparation a été rendue ; ou que, s'il a été paſſé devant Notaires, il ſoit enregiſtré audit Greffe. Brodeau ſur Louet, *lettre* S, *chap.* 16, *n.* 12, exige auſſi un acte par écrit du rétabliſſement de la communauté ; & il autoriſe ſon avis par deux Arrêts.

L'Annotateur de Lebrun penſe au contraire que cet acte n'eſt pas néceſſaire ; il prétend que cela a été jugé par un Arrêt du 16 Mai 1705, rapporté par Brillon : il cite auſſi pour ſon avis l'article 199 de notre Coutume d'Orléans, qui dit : *Si après la ſéparation de biens d'entre homme & femme conjoints par mariage, leſdits conjoints ſe raſſemblent & mettent leurs biens enſemble, ceſſera l'effet de ladite ſéparation* ; cette Coutume, dit l'Annotateur, demande pour faire ceſſer la ſéparation, que les conjoints aient remis leurs biens enſemble ; elle ne dit pas qu'il ſera paſſé un acte du rétabliſſement de la Communauté : donc cet acte n'eſt point néceſſaire : ce n'eſt point de cette maniere que cet article eſt entendu dans la Province. Lalande en ſon Commentaire ſur cet article, dit que ce rétabliſſement de Communauté doit être juſtifié par un acte par écrit ; c'eſt auſſi l'avis de l'Auteur des notes de 1711, *&c.* La Coutume décide bien par cet article que la ſéparation eſt détruite, lorſque depuis la ſéparation les conjoints ont remis leurs biens enſemble ; mais c'eſt une autre queſtion, ſur laquelle la Coutume ne s'eſt pas expliquée, de ſçavoir comment ſe devoit juſtifier le fait, que les parties ont remis leurs biens enſemble ; ſi elle n'a

pas

pas dit que pour juſtifier ce fait, il falloit un acte par écrit : elle n'a pas dit non plus qu'il n'en falloit point.

526. Obſervez que pour le rétabliſſement d'une communauté qui a été diſſoute par une Sentence de ſéparation, il faut le conſentement mutuel du mari & de la femme. Deniſart, ſur le mot *Séparation*, rapporte pluſieurs Arrêts qui ont jugé des femmes non-recevables à ſe déſiſter de Sentences de ſéparation, ſoit d'habitation, ſoit de biens qu'elles avoient obtenues, & ont dans le cas de ſéparation d'habitation, donné congé de leur demande, aux fins que leur mari fût tenu de les recevoir.

527. Le rétabliſſement de la communauté détruit tellement la ſéparation, qu'elle remet les choſes au même état, comme s'il n'y en avoit jamais eu; de telle maniere que la communauté eſt cenſée avoir toujours duré & n'avoir point été diſcontinuée; c'eſt pourquoi toutes les choſes que chacun des conjoints a acquiſes depuis la ſéparation, entrent dans la communauté, comme elles y ſeroient entrées s'il n'y avoit jamais eu de ſéparation; & les dettes que chacun des conjoints a contractées depuis la ſéparation, y tombent pareillement. C'eſt ce qu'explique très-bien l'article 199 de la Coutume d'Orléans, lequel, après ce que nous en avons déja rapporté ci-deſſus, continue en ces termes : » Et rentreront en ladite commu» nauté les meubles & acquêts immeubles, même ceux qui ſont échus » & acquis pendant ladite ſéparation, comme ſi elle ne fût advenue. »

528. Enfin, l'article ajoute : *Demeurant néanmoins bon & valable ce qui a été contracté pendant la ſéparation.* Ces contrats, qui ſont confirmés par ces derniers termes de l'article, ſont tous ceux que la femme a faits depuis la Sentence de ſéparation, pour l'adminiſtration de ſes biens; tels que ſont des baux à ferme ou à loyer qu'elle auroit faits de ſes héritages, des ventes, des achats, & autres contrats dépendants de ladite adminiſtration. Quoique tous ces contrats que la femme a faits ſans autoriſation, n'euſſent pas été valables, s'il n'y eût pas eu une ſéparation; néanmoins la Sentence de ſéparation ayant donné à la femme le droit de les faire ſans être autoriſée; & ces contrats ayant été en conſéquence faits valablement, il ne ſeroit pas juſte que le rétabliſſement de communauté, qui eſt depuis intervenu, pût y donner atteinte. C'eſt le ſeul effet de la Sentence de ſéparation de biens, que le rétabliſſement de la communauté laiſſe ſubſiſter.

529. L'effet qu'a le rétabliſſement de la communauté, de faire regarder la ſéparation comme non avenue, ne peut avoir lieu que vis-à-vis des conjoints, & entr'eux; il ne peut pas avoir cet effet vis-à-vis d'un tiers, auquel la ſéparation auroit acquis un droit.

Suppoſons, par exemple, que par un contrat de mariage un tiers, pour augmenter la dot de la future épouſe, a compté au mari une certaine ſomme, avec clauſe qu'il auroit droit de répéter du mari cette ſomme lors de la diſſolution de la communauté, ſoit par mort, ſoit par ſéparation; le cas étant arrivé par une Sentence de ſéparation qui eſt intervenue, & qui a été bien & duement exécutée, le droit ayant été acquis par l'événement de la condition à ce tiers, de répéter la ſomme, le rétabliſſement de communauté, qui intervient depuis, ne peut l'en priver. C'eſt

ce qu'a fort bien observé Lebrun, *liv.* 3, *ch.* 1, *n.* 27, qui cite à ce sujet fort à propos la Loi 63, ff. *de jur. dot.* qui dit : *Stipulatio de dote reddendâ ab extraneo interposita, facto divortio statim committitur, nec redintegrato matrimonio actio stipulatori quæsita intercidit.*

Il nous reste une question sur le rétablissement de communauté, qui est de sçavoir, si les parties, en rétablissant leur communauté, peuvent y apporter des limitations & restrictions, en convenant, par exemple, que les héritages acquis depuis la Sentence de séparation par l'un ou l'autre des conjoints, lui demeureroient propres, & n'entreroient pas dans la communauté rétablie ; ou bien en convenant que chacun des conjoints seroit seul tenu des dettes par lui contractées depuis la Sentence de séparation ? Lebrun, *dicto loco*, *n.* 23, décide avec raison que ces conventions portées par l'acte de rétablissement de communauté, sont nulles ; les séparations n'ont d'effet qu'autant qu'elles durent ; elles sont détruites & regardées comme non avenues par le seul fait, lorsque les parties ont remis leurs biens en commun ; il ne peut pas y avoir deux communautés entre des conjoints par mariage, l'une qui ait duré jusqu'à la Sentence de séparation, & l'autre qui ait commencé lors du rétablissement ; il n'y a entre les conjoints que la seule communauté qui a commencé lors de leur mariage, & qui a duré jusqu'à sa parfaite dissolution par la mort de l'une des parties, dans laquelle communauté entrent toutes les choses que chacun des conjoints a acquises ; & toutes les dettes qu'il a légitimement contractées, en quelque temps que ce soit, même depuis la Sentence de séparation, qui n'ayant pas duré jusqu'à la fin du mariage, a été sans effet, & n'a pas dissous la communauté.

## CHAPITRE II.

*De l'acceptation de la communauté ; & de la rénonciation à la communauté.*

530. LE droit du mari sur les biens de la communauté, qui pendant qu'elle duroit, en étoit réputé seigneur pour le total, comme nous l'avons vu, est par la dissolution de la communauté, réduit à la moitié desdits biens ; l'autre moitié appartient à la femme ou à ses héritiers, pourvu néanmoins qu'ils acceptent la communauté.

Cela est conforme à l'article 229 de la Coutume de Paris, qui porte : » après le trépas de l'un desdits conjoints, les biens se divisent en telle » maniere, que la moitié en appartient au survivant, & l'autre moitié » aux héritiers du trépassé. »

Nous traiterons dans un premier article, de l'acceptation de la communauté ; dans un second, de la renonciation à la communauté ; dans un troisieme, du cas auquel entre plusieurs héritiers de la femme, les uns ont accepté la communauté, & les autres y ont renoncé.

## ARTICLE PREMIER.

### *De l'acceptation de la communauté.*

Nous verrons, 1°. par qui & en quels cas la communauté peut être acceptée : 2°. comment elle s'accepte : 3°. quels ſont les effets de cette acceptation.

### §. I.

### *Par qui, & en quel cas la communauté peut être acceptée.*

531. Après la diſſolution de la communauté, il eſt ordinairement au choix de la femme, ou de ſes héritiers & autres ſucceſſeurs univerſels, d'accepter la communauté, ou d'y renoncer.

Ce principe ſouffre exception, 1°. lorſqu'il en a été autrement convenu par le contrat de mariage ; comme lorſqu'il eſt convenu que les héritiers de la femme ne pourront prétendre pour tout droit de communauté qu'une certaine ſomme ; la diſſolution de communauté étant arrivée par le prédécès de la femme, les héritiers de la femme n'ont pas en ce cas le choix d'accepter, ou de renoncer à la communauté ; ils ne peuvent demander que la ſomme portée par la convention. Nous avons traité de cette convention *ſuprà*, *n.* 450.

2°. Lorſqu'une femme, ſur la plainte du mari, a été déclarée convaincue d'adultere, elle eſt déchue de ſon droit à la communauté, dont les biens demeurent en ce cas en entier au mari *jure non decreſcendi*, comme nous l'avons vu en notre Traité du Contrat de Mariage, *n* 527 ; elle n'a donc pas en ce cas le choix d'accepter la communauté.

3°. Une femme peut auſſi être déclarée déchue de ſon droit de communauté par Sentence du Juge, ſur la demande de ſon mari, lorſqu'après pluſieurs ſommations que ſon mari lui a faites par un Huiſſier, de retourner avec lui, elle a perſévéramment refuſé d'y retourner.

La peine en ce cas dépend des circonſtances, & eſt laiſſée à l'arbitrage du Juge, qui ne déclare pas toujours en ce cas la femme déchue entiérement de tout droit de communauté, mais ſeulement déchue de prendre part aux acquiſitions faites depuis qu'elle a quitté ſon mari.

532. 4°. Enfin, la femme ou ſes héritiers, n'ont le choix d'accepter la communauté, ou d'y renoncer, que juſqu'à ce qu'ils aient conſommé leur choix : lorſqu'ils ont pris une fois l'un des deux partis, ils ne peuvent plus varier ; c'eſt pourquoi la femme ni ſes héritiers, après qu'ils ont renoncé à la communauté, ne peuvent plus accepter la communauté, & en demander le partage au mari, qui par cette renonciation, eſt devenu propriétaire irrévocable des biens de la communauté pour le total.

Si néanmoins la partie qui a renoncé à la communauté, étoit mineure, elle pourroit, en prenant des lettres de reſciſion contre ſa renonciation, être miſe au même état qu'elle étoit avant la renonciation, & en conſéquence accepter la communauté, & en demander le partage.

Quoique les héritiers de la femme aient renoncé à la communauté en majorité, ils peuvent quelquefois être restitués contre leur renonciation, lorsque c'est par le dol du mari survivant qu'ils y ont été engagés ; comme lorsqu'il leur a caché les forces de la communauté, en omettant malicieusement dans l'inventaire, des effets considérables, ou en supposant de faux créanciers.

533. Quoique la femme, ou ses héritiers, qui ont renoncé à la communauté, ne soient plus recevables à l'accepter ; néanmoins, si la femme, ou un héritier de la femme, avoit, en fraude de ses créanciers, renoncé à une communauté avantageuse, lesdits créanciers seroient reçus à faire déclarer frauduleuse cette renonciation, & à demander en conséquence la part qui appartient à leur débiteur dans les biens de la communauté ; de même que lorsqu'un héritier a renoncé à une succession en fraude de ses créanciers, ses créanciers sont reçus dans notre Jurisprudence Françoise, à exercer les droits de leur débiteur dans la succession.

534. Tant que la femme ou ses héritiers, ne sont pas poursuivis pour faire le choix qu'ils ont d'accepter la communauté, ou d'y renoncer, ils seront toujours à temps de le faire : le mari survivant, qui est demeuré seul en possession des biens de la communauté, ne peut opposer aux héritiers de la femme, contre leur demande aux fins de partage, que la prescription de trente ans, laquelle même ne court pas contre les mineurs.

535. Il n'y a que la femme, ou ses héritiers, qui aient le choix d'accepter la communauté, ou d'y renoncer ; il est évident que le mari ne peut avoir un pareil choix, & qu'il ne peut renoncer à sa propre communauté ; il demeure lors de la dissolution de la communauté, nécessairement propriétaire de tous les biens de la communauté, ou pour moitié, si les héritiers de la femme acceptent la communauté ; ou pour le total, s'ils y renoncent : on doit dire la même chose des héritiers du mari.

## §. II.

### *Comment s'accepte la communauté.*

536. La communauté s'accepte, ou expressément, ou tacitement, *aut verbis*, *aut facto*.

La femme accepte la communauté, *verbis* & expressément, lorsque depuis la dissolution de communauté, elle prend dans quelqu'acte la qualité *de commmune*.

Si elle avoit pris cette qualité *de commune* dans un acte, avant la dissolution de communauté, cette qualité seroit de nul effet, & ne seroit pas une acceptation de communauté ; car le droit de la femme à la communauté, n'étant ouvert que par la dissolution de communauté, la femme n'a pu, avant cette dissolution, accepter valablement une communauté, à laquelle elle n'avoit encore aucun droit formé : il en est de cela, comme de celui qui auroit pris la qualité d'héritier d'une personne encore vivante.

537. La communauté s'accepte *facto* & tacitement, lorſque l'acceptation de la communauté s'induit & ſe collige de quelque fait de la femme, qui ſuppoſe dans elle la volonté d'être commune; de même que l'acceptation d'une ſucceſſion s'induit & ſe collige de quelque fait d'une perſonne appellée à la ſucceſſion, qui ſuppoſe en elle la volonté d'être héritiere.

Obſervez néanmoins que la femme ne pouvant être commune, que par la volonté qu'elle a eue de l'être, & qu'elle a ſuffiſamment déclarée; il faut pour qu'un fait de la femme renferme une acceptation de la communauté, que ce fait ſoit tel, qu'il ſuppoſe néceſſairement en elle la volonté d'être commune, & qu'on ne puiſſe appercevoir de raiſon pour quoi elle auroit fait ce qu'elle a fait, ſi elle n'eût pas voulu être commune.

537. Telle eſt, par exemple, la diſpoſition que la femme auroit faite depuis la diſſolution de la communauté, de quelques effets de la communauté, ſans avoir d'autre qualité pour en diſpoſer, que la qualité qu'elle pouvoit avoir de commune; la femme eſt cenſée par là, avoir fait acte de commune; car comme nous ne devons pas diſpoſer des choſes qui ne nous appartiennent pas, & dans leſquelles nous ſçavons n'avoir aucun droit: la femme en diſpoſant de ces choſes, les a regardées comme choſes qui lui appartenoient; & comme elles ne pouvoient lui appartenir qu'en qualité de commune, elle s'eſt donc regardée comme commune, en diſpoſant de ces choſes; elle a donc eu la volonté d'être commune, qu'elle a ſuffiſamment déclarée en diſpoſant deſdites choſes.

Quand même les choſes dont la femme a diſpoſé, n'auroient pas appartenu à ſon mari, ni par conſéquent dépendu de la communauté, *putà*, parce qu'elles avoient été prêtées à ſon mari, ou lui avoient été confiées en dépôt; il ſuffit que la femme qui ignoroit ce prêt, ou ce dépôt, en ait diſpoſé, comme de choſes qu'elle croyoit dépendre de la communauté, pour qu'en diſpoſant de ces choſes, elles ſe ſoit regardée comme commune, & qu'elle ait ſuffiſament déclaré la volonté qu'elle avoit d'être commune.

Il en eſt de cela, comme d'un héritier qui diſpoſeroit d'une choſe qu'il a trouvée parmi les effets de cette ſucceſſion, & qu'il croyoit dépendre de cette ſucceſſion, quoiqu'elle n'en fit pas partie; en diſpoſant de cette choſe, qu'il croit être de la ſucceſſion, il ne fait pas moins acte d'héritier, que s'il eût diſpoſé d'une choſe qui dépendît véritablement de la ſucceſſion. C'eſt ce qui fait dire à Ulpien: *interdum animus ſolus eum obſtringet hereditati, ut putà ſi re non hereditariâ quaſi heres uſus ſit*; L. 21, §. 1, ff. *de acquir. hered.* Par la même raiſon, la femme qui diſpoſe d'effets qu'elle croit dépendre de ſa communauté, quoiqu'ils n'en dépendent pas, ne fait pas moins acte de commune, que s'ils en dépendoient effectivement.

639. Ce n'eſt pas ſeulement en diſpoſant de quelques effets de la communauté, ou qu'elle croit être de la communauté, que la femme fait acte de commune; elle le fait pareillement, en payant pour ſa part quelque dette de la communauté à laquelle elle n'eſt point obligée en ſon propre nom, & ſans qu'elle ait d'autre qualité pour la payer, que celle de commune: comme perſonne n'eſt préſumée vouloir payer ce qu'il ne doit pas;

la femme en payant cette dette, eſt cenſée ſe réputer débitrice de cette dette ; & comme elle n'en peut être débitrice que par la qualité de commune, elle eſt cenſée, en faiſant ce paiement, prendre la qualité de commune, & déclarer ſuffiſamment la volonté qu'elle a de l'être.

Il en eſt de cela, comme d'une perſonne qui payeroit, quoique de ſes propres deniers, quelque dette d'une ſucceſſion à laquelle elle eſt appellée, ſans avoir d'autre qualité pour faire ce paiement, que celle d'héritier. Les Loix décident que par ce paiement cette perſonne fait acte d'héritier ; L. 2. *Cod. de jur. deliber.* car, *gerit pro herede qui animo agnoſcit ſucceſſionem, licet nihil attingat hereditarium ;* L. 88, ff. *de acq. hered.* Par la même raiſon, une femme qui paie, quoique de ſes propres deniers, quelque dette de la communauté, ſans avoir d'autre qualité pour la payer, que celle de commune, doit être cenſée faire par ce paiement, acte de commune.

540. La femme, comme nous l'avons déja dit, en diſpoſant des effets de la communauté, ou en payant des dettes de laditte communauté, ne fait acte de commune, que lorſqu'elle n'avoit d'autre qualité que celle de commune pour la faire ; mais ſi elle avoit une autre qualité, *putà*, ſi elle étoit exécutrice teſtamentaire de ſon défunt mari, ou tutrice de ſes enfans héritiers de ſondit mari, & qu'elle eût diſpoſé de quelques effets, ou payé quelques dettes de la communauté, on ne pourroit pas dire en ce cas, qu'elle eût fait acte de commune ; car elle ne peut l'avoir fait en ſa qualité d'exécutrice teſtamentaire de ſon mari, ou de tutrice de ſes enfans.

Pareillement, ſi elle étoit obligée, en ſon propre nom, à la dette de la communauté qu'elle a payée ; quand ce ne ſeroit que comme caution de ſon mari, qu'elle s'y fût obligée, elle ne doit point être cenſée, en la payant, faire acte de commune, ayant pu la payer, par le ſeul motif de ſe libérer de ſa propre obligation.

541. Obſervez qu'une veuve, après la diſſolution de la communauté arrivée par la mort de ſon mari, eſt de droit prépoſée à la garde & conſervation des effets de la communauté, avant qu'elle ſe ſoit déterminée ſur le choix qu'elle a de l'accepter ou d'y renoncer ; c'eſt pourquoi, tout ce qu'elle fait pour la conſervation des biens & effets de la communauté, ne doit pas paſſer pour acte de commune ; comme lorſqu'elle a fait faire des réparations urgentes à des biens de la communauté ; lorſqu'elle a vendu des effets périſſables, qu'elle a été obligée de vendre pour en éviter la perte.

Par la même raiſon, lorſque la veuve d'un marchand en détail ou d'un artiſan, a continué après la mort de ſon mari, & avant qu'elle ait pris qualité, de tenir la boutique ouverte, & d'y débiter les marchandiſes de la boutique, elle n'eſt point cenſée faire acte de commune, en vendant & débitant ces marchandiſes, qui ſont des effets de la communauté ; parce qu'il paroît qu'elle fait cela pour ne pas écarter les pratiques, & pour la conſervation du fond de commerce, qui dépend de ſa communauté.

Quoique la femme ne faſſe pas acte de commune en faiſant ce qui eſt néceſſaire pour la conſervation des biens de la communauté, il eſt néanmoins de ſa prudence, pour éviter les conteſtations, de proteſter qu'elle ne

fait ce qu'elle fait, que pour la conservation des biens de la communauté, & sans préjudicier aux qualités qu'elle a à prendre : il est même encore plus sûr, qu'elle se fasse autoriser pour le faire, en donnant pour cet effet requête au Juge de son domicile.

542. Quoique les provisions de ménage qui se sont trouvées dans la maison du défunt, soient des effets de la communauté, la femme ne fait pas acte de commune, en consommant dans la maison lesdites provisions, jusqu'à concurrence de ce qu'il est besoin d'en consommer pour sa nourriture & celle de ses domestiques ; car elle a droit de vivre aux dépens de la communauté depuis la mort, jusqu'à ce que l'inventaire soit achevé. C'est ce qui est attesté par un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 21 Juillet 1688, qui porte : » Il est d'usage constant & certain, qu'il est loisible à une veuve, après le » décès de son mari, de demeurer avec sa famille en la maison où il est dé- » cédé, & d'y vivre, sans que pour cette résidence on puisse lui imputer avoir » fait acte de commune, *&c.* »

543. Enfin, de même qu'un parent n'est point censé faire acte d'héritier en commandant les obsèques de son parent, ni en payant ses frais funéraires, non plus qu'en poursuivant la vengeance de sa mort : *si quid pietatis causâ fecit. . . . . apparet non videri pro herede gessisse ;* L. 20, ff. *de acquir. hered.*, à plus forte raison doit-on décider qu'une femme ne fait pas par-là acte de commune ; car les frais funéraires ne sont pas une charge de la communauté, mais de la succession du défunt ; & à l'égard de la poursuite de la vengeance de la mort, c'est une action qui ne dépend ni de la communauté ni de la succession, mais que la veuve & les héritiers ont de leur chef.

544. La cession que la femme fait après la dissolution de communauté, soit à des étrangers, soit aux héritiers de son mari, de ses droits de communauté, renferme une acceptation de la communauté, qui l'oblige, pour sa part, aux dettes de la communauté envers les créanciers, sauf son recours contre son cessionnaire, qui l'en doit indemniser. La raison est évidente : on ne peut céder que ce qu'on a : la femme ne peut donc céder son droit à la communauté, si elle ne l'a acquis : la cession qu'elle en fait, suppose qu'elle l'a acquis ; or elle ne peut l'acquérir qu'en acceptant la communauté. Cette cession suppose donc nécessairement en elle, & manifeste suffisamment sa volonté d'accepter la communauté.

Il en est de même de la renonciation que la femme feroit à la communauté en faveur de l'un des héritiers du mari, préférablement aux autres. Cette renonciation n'a que le nom de renonciation ; c'est une vraie cession qu'elle fait à cet héritier de son droit à la communauté, laquelle renferme une acceptation, que cette femme doit être nécessairement censée avoir faite de la communauté ; car la femme, en renonçant à la communauté en faveur de cet héritier, préférablement aux autres, n'abdique pas simplement son droit, elle en dispose en faveur de cet héritier. Or comme personne ne peut disposer que de ce qui lui appartient, cette disposition que la femme fait de son droit en faveur de cet héritier, suppose nécessairement qu'elle regarde ce droit comme quelque chose qui lui appartient ; & comme ce droit ne peut lui appartenir que par une acceptation de la communauté, cette disposition qu'elle

fait de ſon droit, renferme & ſuppoſe néceſſairement une acceptation de la communauté.

Mais lorſque l'acte de renonciation porte que la femme a renoncé à la communauté, en faveur des héritiers de ſon mari, indiſtinctement : ces termes, *en faveur des héritiers de ſon mari*, qui ſont ſuperflus dans cet acte, & qui n'ont aucun effet, ne doivent pas faire paſſer cet acte pour autre choſe que pour une ſimple renonciation à la communauté : ces termes ne font qu'exprimer l'effet naturel qu'a la renonciation d'une femme à la communauté, qui eſt de faire accroître, *jure non decreſcendi*, aux héritiers du mari, la part qu'eût eu la femme ſi elle eût accepté.

545. Si la femme avoit reçu des héritiers de ſon mari une ſomme d'argent pour renoncer à la communauté, ſeroit-elle en ce cas cenſée avoir fait acte de commune ? La raiſon de douter eſt, qu'elle ſemble, en recevant de l'argent, avoir fait une vente & une ceſſion de ſon droit à la communauté, laquelle ceſſion renferme, comme nous l'avons vu ci-deſſus, une acceptation de communauté. Il faut décider au contraire, que cette renonciation à la communauté, quoique faite pour de l'argent que la femme reçoit des héritiers, n'eſt pas proprement ni une vente, ni une ceſſion que la femme faſſe de ſon droit, mais c'eſt un contrat *do ut facias ;* les héritiers du mari ayant intérêt que la femme renonce à la communauté, lui donnent une ſomme d'argent pour la porter à faire cette renonciation : en conſéquence elle renonce à la communauté, elle ne leur fait aucune ceſſion de ſon droit à la communauté ; cette ceſſion étoit inutile auxdits héritiers, puiſque ſans aucune ceſſion, par la ſeule renonciation de la femme, tous les biens de la communauté leur demeurent, *jure non decreſcendi*. Il en eſt de cette renonciation à la communauté que la femme fait pour une ſomme d'argent qu'elle reçoit des héritiers de ſon mari, comme de celle que quelqu'un fait à une ſucceſſion qui lui eſt déférée pour une ſomme d'argent qu'il reçoit de ſes cohéritiers, ou de l'héritier qui lui eſt ſubſtitué. Or, ſuivant la déciſion de la Loi 24, ff. *de acquir. hered.*, une telle renonciation ne renferme point un acte d'héritier : *qui pretium omittendæ hereditatis cauſâ capit, non videtur heres eſſe ;* il y a même raiſon pour décider que la femme qui a reçu de l'argent pour renoncer, n'eſt pas cenſée pour cela avoir fait acte de commune.

546. Les regles que nous avons propoſées juſqu'à préſent pour connoître quand la femme devoit être cenſée avoir fait acte de commune ou non, s'appliquent pareillement aux héritiers de la femme.

547. On a autrefois agité la queſtion de ſçavoir, ſi la femme ou ſes héritiers peuvent prendre des lettres de bénéfice d'inventaire pour accepter la communauté, de même que les héritiers en prennent pour accepter une ſucceſſion ? On a jugé pour la négative, par Arrêt de Réglement du 8 Mars 1605, rapporté par Louet, *lett.* C, *chap.* 53 : la raiſon eſt, que la Loi leur a ſubvenu par un autre bénéfice, qui eſt celui de n'être tenu de leur part dans les dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence des biens qu'ils en amendent, dont nous parlerons *infrà*, Partie V.

§. III.

## §. III.

### *Des effets de l'acceptation de la communauté.*

548. L'acceptation que la femme ou les héritiers font de la communauté, a un effet rétroactif au temps de la dissolution de communauté : la femme ou ses héritiers sont réputés en conséquence, dès l'instant de la dissolution de communauté, propriétaires pour une moitié par indivis de tous les biens dont la communauté s'est trouvée alors composée. Tous les fruits qui ont été perçus depuis ce temps, & généralement tout ce qui en est provenu leur appartient pareillement pour moitié.

Par l'acceptation de la communauté, la femme, ou ses héritiers, deviennent débiteurs pour la part qu'ils ont dans la communauté, de toutes les dettes de la communauté : la femme qui a accepté la communauté, ou dont les héritiers l'ont acceptée, est censée les avoir contractées en sa qualité de commune, conjointement avec son mari, lorsque son mari, qui étoit le chef de la communauté, les a contractées, comme nous l'avons vu ci-devant.

Néanmoins les Coutumes accordent à la femme & à ses héritiers, lorsqu'ils ont accepté la communauté, le bénéfice de n'être tenus pour la part des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont amendé.

Nous traiterons de ce bénéfice, *infrà*, Partie V.

## Article II.

### *De la renonciation de la femme, ou de ses héritiers à la communauté.*

549. La renonciation à la communauté est un acte par lequel la femme, ou ses héritiers, pour n'être pas tenus des dettes de la communauté, renoncent à la part qui leur est déférée par la dissolution de communauté, dans les biens dont elle est composée.

On prétend que l'origine du droit qu'ont les femmes de renoncer à la communauté, vient du temps des Croisades, & qu'il fut accordé aux veuves des Gentilshommes qui contractoient en ce temps des dettes considérables pour leurs voyages d'outre-mer.

Nous verrons sur cette matiere, 1°. quelles sont les personnes qui peuvent renoncer à la communauté : 2°. Si une femme peut, par le contrat de mariage, renoncer, soit pour elle, soit pour ses héritiers, à la faculté de renoncer à la communauté : 3°. Comment & quand cette renonciation doit se faire : 4°. Nous traiterons de l'inventaire que la femme doit faire pour renoncer à la communauté : 5°. Nous expliquerons quels sont les effets de la renonciation à la communauté.

## §. I.

### *Quelles sont les personnes qui peuvent renoncer à la communauté.*

550. Il n'y avoit autrefois que les femmes nobles qui eussent le droit de renoncer à la communauté. C'est ce qui paroît par l'article 115 de l'ancienne

Coutume de Paris, qui porte : » Il eſt loiſible à une noble femme, extraite » de noble lignée, & vivant noblement, de renoncer, ſi bon lui ſemble, » après le trépas de ſon mari, à la communauté, *&c.* »

Depuis, la Juriſprudence des Arrêts a étendu ce droit de renoncer à la communauté à toutes les femmes nobles ou non nobles ; & elle l'a même étendu à leurs héritiers, par Arrêt du 15 Avril 1567.

La raiſon de cette Juriſprudence, eſt que le mari ayant ſeul, pendant que la communauté dure, le droit d'en diſpoſer, & de la charger des dettes ſans le gré & la participation de ſa femme, on a trouvé qu'il ſeroit injuſte qu'un mari diſſipateur pût, en contractant des dettes immenſes, engager ou même abſorber entiérement les propres de ſa femme, ſans que la femme pût ſe décharger deſdites dettes par la renonciation à la communauté.

C'eſt ſur cette Juriſprudence qu'a été formé l'article 237 de la nouvelle Coutume de Paris, qui porte : » Il eſt loiſible à toute femme noble, ou non » noble, de renoncer, ſi bon lui ſemble, après le trépas de ſon mari, à la » communauté de biens d'entr'elle & ſondit mari, la choſe étant entiere. »

Ces termes, *après le trépas de ſon mari*, ne ſont pas reſtrictifs : la Coutume énonce le cas du trépas du mari comme le plus ordinaire ; au reſte il n'eſt pas douteux que la femme peut pareillement renoncer à la communauté, du vivant de ſon mari, lorſqu'il y a diſſolution de communauté par une ſentence de ſéparation.

La Coutume de Paris a omis en cet article de s'expliquer ſur les héritiers de la femme ; mais la Coutume d'Orléans, reformée trois ans après celle de Paris par les mêmes Commiſſaires, s'en eſt expliquée, & doit en cela ſervir d'explication à celle de Paris. Voici ce qu'elle porte : » Il eſt loiſible à » femme, noble ou non noble, après le décès de ſon mari, *ou a ſes héri-* » *tiers, ſi elle prédècede*, de renoncer, ſi bon lui ſemble, à la com- » munauté de biens d'elle & dudit mari, la choſe étant entiere. »

Ces diſpoſitions des Coutumes de Paris & d'Orléans ayant été formées ſur la Juriſprudence qui étoit déja établie lors de la réformation deſdites Coutumes, elles forment un droit commun, & ont lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

## §. II.

### *La femme peut-elle par le contrat de mariage, renoncer, ſoit pour elle, ſoit pour ſes héritiers, à la faculté qu'elle a de renoncer à la communauté.*

551. Cette convention a été rejettée par la Juriſprudence des Arrêts. Il y en a un du 5 Avril 1597, rapporté par Peleus, *liv. 3, act. 61*, & cité par l'Annotateur de Lebrun, qui a admis une veuve à renoncer à la communauté, nonobſtant une clauſe de ſon contrat de mariage, qui portoit qu'elle ne le pourroit dans le cas où il y auroit des enfans du mariage, lequel cas étoit arrivé.

Les raiſons de cette Juriſprudence ſont, 1°. qu'il a paru être contre le bon ordre & l'intérêt public, de laiſſer au pouvoir des maris d'engager &

d'abſorber les propres de leurs femmes : *nam rei publicæ intereſt mulieres dotes ſalvas habere ;* L. 2, ff. *de jur. dot.* C'eſt pourquoi on a proſcrit toutes les conventions qui tendroient à laiſſer ce pouvoir au mari ; telle qu'eſt celle par laquelle une femme ſe priveroit de renoncer à la communauté pour ſe décharger des dettes immenſes qu'un mari diſſipateur auroit contractées.

2°. Il n'y a que les créanciers qui aient intérêt que la femme ſoit excluſe du droit de renoncer à la communauté : le mari n'en a aucun, puiſque même en cas d'acceptation de la communauté, il eſt tenu d'acquitter la femme, ou ſes héritiers, de ce qu'ils payeroient de dettes au-delà de ce qu'ils amendent des biens de la communauté. Le futur époux, en ſtipulant par le contrat de mariage que la femme ne pourra renoncer à la communauté, ſtipuleroit donc une choſe à laquelle il n'a aucun intérêt, ce qui ſuffit pour que la convention ſoit nulle, ſuivant les principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *n.* 138.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 204, paroît néanmoins autoriſer cette convention ; car après avoir dit, qu'il eſt loiſible à femme noble ou non noble de renoncer à la communauté, en faiſant faire bon & loyal inventaire, elle ajoute ces termes, *ſinon qu'il n'y eût convention au contraire.* L'Annotateur de Lebrun prétend que ces derniers termes de l'article ne doivent pas ſe rapporter à ce qui eſt dit au commencement de l'article, qu'*il eſt loiſible à la femme de renoncer à la communauté ;* mais qu'ils doivent ſe rapporter à ceux-ci, *en faiſant faire bon & loyal inventaire*, qui les précedent immédiatement ; & qu'en conſéquence la Coutume ne donne pas la permiſſion de convenir que la femme ne pourra renoncer à la communauté, mais ſeulement de convenir que la femme ne ſeroit pas obligée, pour renoncer, de faire un inventaire. Cette interprétation ne vaut rien : il n'eſt pas vraiſemblable que la Coutume ait voulu approuver la convention par laquelle la femme ſeroit diſpenſée de faire inventaire pour renoncer : cette convention, qui tendroit à procurer à la femme la facilité de tromper les héritiers, ou les créanciers de ſon mari, étant une convention contraire aux bonnes mœurs, ne peut pas être valable : il vaut mieux dire que ces derniers termes de l'article de la Coutume d'Orléans, s'y ſont gliſſés par inadvertance, & qu'ils ne doivent avoir aucun effet.

Non-ſeulement on ne peut par le contrat de mariage, priver la femme du droit de renoncer à la communauté : on ne peut pas pareillement en priver les héritiers de la femme. Il y a même raiſon : toute convention qui donne pouvoir au mari d'exténuer les propres de ſa femme, eſt rejettée dans notre Juriſprudence.

## §. III.

### *Quand & comment la renonciation à la communauté doit-elle ſe faire.*

552. La renonciation de la femme à la communauté, ſe faiſoit autrefois lors des obſeques du mari, avec certaines cérémonies. Après que le corps du mari avoit été mis dans la foſſe, la veuve, en ſigne de ſa renonciation à la communauté, ſe deceignoit & jettoit ſur la foſſe la bourſe & les clefs qu'elle

avoit pendues à ſa ceinture. Nous avons un monument de cet uſage dans la Chronique de Monſtrelet, *tom.* 1, *chap.* 17, où il eſt dit que Marguerite, veuve de Philippes, Duc de Bourgogne, qui mourut en 1404, renonça à la communauté, en mettant ſur la repréſentation du défunt, ſa ceinture avec ſa bourſe & ſes clefs, *comme il eſt de coutume, & de ce demanda inſtrument à un Notaire qui étoit là préſent.*

La Coutume de Meaux a conſervé cet ancien uſage : elle dit en l'article 52, que la femme noble, après le décès de ſon mari, peut renoncer, *& en démonſtrance doit mettre les clefs ſur la foſſe du trépaſſé, en déclarant qu'elle renonce, &c.* En l'article ſuivant, elle preſcrit aux femmes roturieres la même formalité pour renoncer à la communauté.

La Coutume de Vitry-le-François, *tit.* 5, *art.* 91; & celle de Bourgogne, *chap.* 4, *art.* 20, n'aſſujettiſſent à cette formalité que les veuves roturieres; depuis cette formalité eſt entiérement tombée en déſuétude, même dans les Coutumes qui l'exigent expreſſément. C'eſt ce qui nous eſt atteſté par les Commentateurs.

Pluſieurs Coutumes veulent que la femme faſſe ſa renonciation à la communauté en Juſtice, en perſonne, ou par Procureur fondé de procuration ſpéciale.

Quelques Coutumes veulent qu'elle promette par ſerment devant le Juge, de mettre tous les effets de la communauté en évidence.

Quelques-unes veulent que la renonciation ſe faſſe, l'héritier appellé, s'il eſt ſur le lieu; ſinon en préſence du Procureur du Roi. Au contraire, la Coutume de Calais, qui veut que la femme faſſe ſa renonciation en Jugement, la diſpenſe expreſſément d'y appeller l'héritier.

Dans les Coutumes qui ne ſe ſont pas expliquées ſur la maniere dont doit ſe faire la renonciation à la communauté, il ſuffit de la faire par un acte devant Notaires, par lequel la femme ou ſes héritiers, déclarent qu'ils renoncent à la communauté. Par Arrêt rendu en forme de Réglement du 14 Février 1701, il a été enjoint à tous Notaires, ou Greffiers qui reçoivent des actes de renonciation à la communauté, d'en garder une minute.

553. A l'égard du temps auquel la renonciation à la communauté doit ſe faire, il eſt évident que la femme ne peut faire cette renonciation avant la diſſolution de communauté; car ce n'eſt que par cette diſſolution que le droit de la femme à la communauté, eſt ouvert. Or, on ne peut renoncer à un droit qui n'eſt pas encore ouvert.

Les Coutumes ſe ſont partagées ſur le temps que la femme, ou ſes héritiers, doivent avoir depuis la diſſolution de la communauté, pour y renoncer.

Nous avons déja vu que quelques-unes exigeoient que cette renonciation ſe fît lors des obſeques du mari. D'autres accordent pour la faire, un temps de huit jours; d'autres un temps de vingt jours, trente jours, quarante jours, trois mois. Quelques-unes diſtinguent entre les veuves nobles & les roturiéres, comme celle de Mante, qui accorde trois mois aux nobles, & quarante jours aux roturieres; & celle de Tours, quarante jours aux nobles, & vingt jours aux roturieres.

Les diſpoſitions de ces Coutumes, ſur le terme dans lequel doit ſe faire la

renonciation à la communauté, ſont réputées avoir été abrogées par l'Ordonnance de 1667, qui a réglé les délais que les veuves doivent avoir pour prendre qualité ſur la communauté, comme nous l'allons voir : c'eſt ce qui m'a été atteſté pour la Coutume de Tours, par des Officiers & des Avocats de Tours que j'ai conſultés. Vaſſin, en ſon Commentaire ſur l'article 46 de la Coutume de la Rochelle, qui n'accorde que quarante jours à la veuve pour renoncer, atteſte auſſi, que ſuivant l'uſage de cette Province, cette diſpoſition eſt regardée comme abrogée par l'Ordonnance de 1667, & qu'on y accorde aux veuves les délais de trois mois pour faire inventaire, & de quarante jours pour délibérer, qui ſont accordés par cette Ordonnance.

554. La Coutume de Paris, & une grande partie des Coutumes, n'ont limité aucun temps : elles ſe contentent de dire, qu'il eſt loiſible à la femme de renoncer à la communauté, *la choſe étant entiere ;* c'eſt-à-dire, tant qu'elle n'a pas accepté la communauté, ſoit en prenant la qualité de commune, ſoit en faiſant quelque acte de commune.

Suivant ces Coutumes, la femme ou ſes héritiers ſont toujours à temps de renoncer à la communauté, tant qu'ils ne l'ont pas acceptée, & qu'ils ne ſont pas pourſuivis.

Mais lorſque la veuve eſt pourſuivie par quelques créanciers de la communauté pour payer ſa part d'une dette de la communauté, elle doit s'expliquer ſur la qualité qu'elle entend prendre.

Il faut néanmoins diſtinguer ſi les délais que l'Ordonnance accorde pour prendre qualité, ſont expirés, ou non. L'Ordonnance en accorde deux ; ſçavoir, un de trois mois pour faire inventaire, pour qu'elle puiſſe s'inſtruire par cet inventaire des forces de la communauté : ce délai court du jour de la mort de ſon défunt mari, ſi elle étoit ſur le lieu où ſon mari eſt mort ; ſinon, du jour qu'elle en a eu connoiſſance, & elle eſt préſumée avoir eu cette connoiſſance au bout du temps qui eſt néceſſaire pour l'avoir, ſi le contraire n'eſt juſtifié. Outre ce délai de trois mois qui eſt accordé à la veuve pour faire cet inventaire, l'Ordonnance lui en accorde un de quarante jours pour délibérer, lequel commence à courir du jour que l'inventaire a été achevé, ou qu'il a dû être achevé : car ſi par la négligence de la femme, l'inventaire n'avoit pas été achevé dans les trois mois, le délai de quarante jours commenceroit à courir du jour de l'expiration du temps du premier délai de trois mois, qui eſt le temps auquel l'inventaire auroit dû être achevé.

Si lors de la demande du créancier, ces délais ne ſont pas expirés, la veuve aſſignée peut arrêter ſes pourſuites, en lui oppoſant qu'elle eſt dans ſes délais.

Après l'expiration de ces deux délais, ſoit qu'ils fuſſent déja expirés lors de la demande du créancier, ſoit qu'ils ne l'aient été que depuis, la femme doit s'expliquer préciſément, & rapporter un acte de renonciation à la communauté, ſi elle veut éviter la condamnation.

555. La femme pourſuivie par un créancier de la communauté, ne peut lui oppoſer d'autres délais que ceux réglés par l'Ordonnance de 1667, quoique par une clauſe de ſon contrat de mariage on lui eût accordé un délai plus long ; car cette convention ne peut être valable que vis-à-vis les héri-

tiers du mari, & ne peut nuire à ce créancier, qui n'étoit pas partie à la convention.

556. Faute par la femme, après les délais expirés, d'avoir rapporté sa renonciation, le Juge la condamne à payer la dette, de la même maniere que si elle étoit commune. Mais sur l'appel, & jusqu'à ce qu'il ait été rendu un jugement qui ait passé en force de chose jugée, la femme est encore à temps de rapporter sa renonciation; auquel cas elle doit être déchargée de la condamnation, & condamnée seulement aux dépens faits jusqu'au jour auquel elle l'a rapportée.

557. Lorsque la femme qui n'a point rapporté de renonciation, a été condamnée par un Arrêt ou un Jugement dont il ne peut y avoir d'appel, cet Arrêt l'oblige envers le créancier qui a obtenu la condamnation, à lui payer la somme en laquelle elle a été condamnée envers lui, de même que si elle étoit commune; mais cet Arrêt ne la rend pas commune, & n'empêche pas qu'elle ne puisse opposer un acte de renonciation à d'autres créanciers, qui, depuis cet Arrêt, lui demanderoient le paiement d'autres dettes de la communauté; car c'est un principe qu'un jugement ne peut acquérir de droit, qu'à la partie qui l'a obtenu : *res inter alios judicatæ, neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium irrogare;* L. 2, *Cod. quib. res judic. non.*

558. La Coutume ne permettant à la femme de renoncer à la communauté, que tant que la chose est entiere; lorsqu'elle a cessé de l'être par une acceptation expresse ou tacite que la femme a faite de la communauté, il ne lui est plus dès-lors loisible de renoncer à la communauté; & la renonciation qu'elle feroit depuis, seroit nulle, tant vis-à-vis des héritiers de son mari, auxquels elle ne peut plus demander la restitution de son apport, dont elle a stipulé la reprise en cas de renonciation, que vis-à-vis des créanciers de la communauté, envers lesquels, nonobstant cette renonciation qui est nulle, elle doit être condamnée à leur payer sa part des dettes de la communauté; sauf à elle à user du privilege qu'elle a de n'en être tenue, que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a amendé de la communauté, en leur comptant de tout ce qu'elle a amendé, & en leur représentant un bon & loyal inventaire, comme nous le verrons en son lieu.

Si néanmoins la femme étoit mineure lorsqu'elle a accepté la communauté, elle peut prendre des lettres de rescision contre son acceptation, si elle lui est préjudiciable; & son acceptation étant anéantie par l'entérinement desdites lettres, *la chose est entiere*, & elle peut valablement renoncer à la communauté.

La femme qui a accepté la communauté en majorité, ne peut se faire restituer contre son acceptation, quelque préjudiciable qu'elle lui soit; à moins qu'elle n'eût la preuve de quelque supercherie employée par les héritiers du mari, pour lui faire faire cette acceptation; comme s'ils avoient supposé de fausses lettres, par lesquelles on annonçoit le retour inespéré dans un port de France, d'un vaisseau qu'on avoit cru perdu, & sur lequel le défunt avoit un très-gros intérêt; & que sur la foi de ces fausses lettres qu'on auroit représentées à la femme, elle eût accepté la communauté.

559. Quoique la femme qui a accepté la communauté, ne puiſſe plus y renoncer, néanmoins ſi elle a fait cette acceptation en fraude de ſes créanciers, pour décharger les héritiers de ſon mari de la repriſe de ſon apport, ſtipulée par le contrat de mariage en cas de renonciation à la communauté, les créanciers de la femme peuvent en ce cas, ſur la demande par eux formée contre les héritiers du mari, faire déclarer nulle & frauduleuſe l'acceptation de la communauté faite par la femme; & ſans y avoir égard, exercer la repriſe de l'apport de la femme leur débitrice, en leur abandonnant toute la part de la femme en la communauté.

Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent de la femme, reçoit application à l'égard des héritiers de la femme.

## §. IV.

### *De l'inventaire que la femme doit faire pour être reçue à renoncer à la communauté.*

560. Lorſque la diſſolution de communauté arrive par le prédécès du mari, les Coutumes ont voulu que la femme, pour être admiſe à renoncer à la communauté, ait fait un bon & loyal inventaire. C'eſt la diſpoſition de l'article 237 de la Coutume de Paris, qui porte: » il eſt loiſible à toute » femme de renoncer, après le trépas de ſon mari, à la communauté..... » en faiſant faire bon & loyal inventaire ».

La raiſon pour laquelle cet inventaire eſt requis, eſt afin que la femme, qui, par le prédécès de ſon mari, ſe trouve en poſſeſſion de tous les effets de la communauté, juſtifie par cet inventaire, ſoit aux héritiers, ſoit aux créanciers de ſon mari, qu'elle abandonne tous les effets de la communauté, qu'elle eſt obligée d'abandonner en renonçant à la communauté.

561. La femme n'eſt obligée à faire cet inventaire, pour être admiſe à renoncer à la communauté, que lorſque c'eſt par le prédécès du mari qu'arrive la diſſolution de communauté. Mais lorſque c'eſt du vivant du mari, par une ſentence de ſéparation, que la diſſolution de communauté arrive, la femme peut renoncer à la communauté, ſans inventaire, parce que ce n'eſt pas elle en ce cas, c'eſt le mari qui ſe trouve en poſſeſſion des effets de la communauté.

562. Par la même raiſon, les héritiers de la femme peuvent renoncer à la communauté, ſans inventaire, lorſque la diſſolution de la communauté arrive par le prédécès de la femme.

563. Par la même raiſon, quoique ce ſoit par le prédécès du mari que la diſſolution de communauté ſoit arrivée; ſi la femme qui ne demeuroit pas alors avec ſon mari, ne s'eſt trouvée en poſſeſſion de rien, & que ce ſoit au contraire les héritiers du mari qui ſe ſoient mis en poſſeſſion de tous les effets de la communauté, la renonciation de la femme peut être valable, ſans inventaire. C'eſt l'avis de Ricard & de Fortin, ſur l'*art.* 237 de la Coutume de Paris. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 7 Février 1707, rapporté par Augear, *t.* 2, *ch.* 69, & par l'Annotateur de Lebrun. Dans

l'eſpece de cet Arrêt, la veuve, lors de la mort de ſon mari, s'étoit trouvée dans un Couvent, où ſon mari l'avoit fait renfermer pour cauſe de démence; le curateur nommé après la mort du mari, à cette veuve, renonça pour elle à la communauté, ſans inventaire; par l'Arrêt, la renonciation fut déclarée valable contre un créancier qui la débattoit.

564. Lorſque la veuve s'eſt trouvée en poſſeſſion des biens de la communauté, elle ne peut à la vérité, renoncer ſans inventaire; mais s'il en avoit été fait un après la mort du mari, à la requête des héritiers du mari, la femme ne ſeroit pas obligée, pour renoncer, d'en faire un autre; il lui ſuffit d'employer celui qui a été fait à la requête des héritiers; & ſi elle a connoiſſance de quelques effets omis, elle doit les y ajouter.

Si le mari, peu avant ſa mort, avoit fait un inventaire de ſes effets, *putà*, pour diſſoudre une ſociété, en laquelle il étoit avec un tiers, il ſuffiroit à la femme de faire un récolement qui contiendroit ceux des effets compris dans cet inventaire, qui ne ſe ſont plus trouvés lors de la mort, & ceux qui ſe ſont trouvés lors de la mort, & qui n'y ont point été compris.

Lorſqu'après la mort du mari, il a été fait par quelque créancier une ſaiſie générale, & une vente; la femme peut employer pour inventaire, les procès-verbaux de ſaiſie & vente.

565. Il ne ſuffit pas à la veuve, pour ſe diſpenſer de rapporter un inventaire, de dire que ſon mari n'a laiſſé à ſa mort aucuns effets; elle doit le juſtifier par un procès-verbal de carence. Acte de notoriété du 23 Février 1708.

566. L'inventaire doit être fait devant Notaires; il en doit reſter minute, afin qu'il ne ſoit pas au pouvoir de la femme de le faire paroître à ſon gré; Arrêt de Réglement du 14 Février 1701, envoyé dans les Sieges du reſſort, rapporté par Joui.

Au ſurplus, ſur la forme & ſur les perſonnes avec qui doit être fait l'inventaire, voyez ce qui ſera dit *infrà*, *part.* 4.

567. Pour que la femme puiſſe renoncer, il n'eſt pas néceſſaire que ſon inventaire ait été clos & affirmé en juſtice; cette clôture n'eſt requiſe par l'article 241, que pour le cas dudit article, qui concerne la continuation de communauté. Et cela a été jugé par Arrêt du 18 Novembre 1600, rendu *conſultis claſſibus*, rapporté par Fortin; & dans le Recueil de Joui. C'eſt auſſi l'avis de Lebrun.

## §. V.

### *Des effets de la renonciation à la communauté.*

568. *Premier effet.* L'effet de la rénonciation de la femme ou de ſes héritiers, eſt de les exclure des biens de la communauté, deſquels en conſéquence, le mari ou ſes héritiers, demeurent propriétaires pour le total *jure non decreſcendi.*

La femme qui renonce à la communauté, eſt excluſe du préciput ſtipulé par le contrat de mariage, au profit du ſurvivant, ſur les biens de la communauté; à moins qu'il ne fût dit par le contrat de mariage qu'elle auroit ce préciput, même en cas de rénonciation.

569.

569. On doit néanmoins lui laiſſer une robe, & le reſte de ce qui forme un habillement complet, quand même il n'y auroit aucun préciput ſtipulé par le contrat de mariage ; car *non debet abire nuda.*

Quelques Coutumes, comme Bourbonnois, *art.* 245, veulent que l'habillement que la femme peut retenir en renonçant, ne ſoit ni le meilleur ni le pire. Chauni, *art.* 136, a la même diſpoſition. Bar, *art.* 80, lui laiſſe ceux qu'elle portoit les jours de fête.

Dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées, je crois qu'on ne doit pas envier à la veuve, le choix de ſon meilleur habillement.

La Coutume de Tours, *art.* 293, eſt plus libérale envers les femmes qui renoncent à la communauté : elle donne en ce cas à la veuve, un lit garni, ſes heures & patenôtres, une de ſes meilleures robes, & l'autre moyenne, tant d'hiver que d'été. Celle de Lodunois a à-peu-près la même diſpoſition.

570. Quoiqu'en cas de rénonciation à la communauté, tous les effets de la communauté appartiennent à la ſucceſſion du mari, il eſt néanmoins d'uſage que la femme puiſſe juſqu'à la fin de l'inventaire, vivre avec ſes domeſtiques, des proviſions qui ſe ſont trouvées dans la maiſon à la mort du mari, ſans que les héritiers du mari ſoient reçus à lui demander le prix de ce qu'elle en a conſommé.

571. A plus forte raiſon, les héritiers du mari ne ſont pas recevables à faire ſupporter à la veuve, aucun loyer de la maiſon où elle eſt reſtée après la mort de ſon mari ; car c'eſt la communauté qui eſt cenſée avoir occupé la maiſon, par les effets qu'elle y avoit, & dont la femme qui eſt reſtée dans la maiſon, n'étoit que la gardienne ; c'eſt donc la communauté qui doit le loyer de la maiſon.

Même après que la maiſon a ceſſé d'être occupée par les meubles de la communauté, il n'eſt pas d'uſage que les héritiers du mari exigent de la veuve, le loyer de cette maiſon juſqu'au prochain terme, en quoi ils ſouffrent peu ; car ils n'auſſent pas trouvé à la louer en ſur-terme.

Au moins, en prenant les choſes à la rigueur, la femme ne devroit le loyer que de la partie qu'elle en a occupée.

572. La femme ou ſes héritiers en renonçant à la communauté, renoncent non-ſeulement aux biens dont la communauté ſe trouve compoſée lors de ſa diſſolution, mais à tout ce qu'elle en a tiré, pendant qu'elle a duré, pour ſes affaires particulieres ; & elle doit en conſéquence, récompenſe aux héritiers du mari, de tout ce qu'elle en a tiré, à l'exception ſeulement de ce qui en a été tiré pour ſes alimens, & pour l'entretien de ſes héritages propres ; ces choſes étant des charges de la communauté.

Nous traiterons cette matiere plus amplement, *infrà.*

573. *Second effet.* Le ſecond effet de la renonciation à la communauté, eſt que la femme, ou ſes héritiers, qui ont renoncé à la communauté, ſont déchargés de toutes les dettes de la communauté.

Ils en ſont déchargés, même envers les créanciers, lorſque la femme n'étoit pas obligée en ſon propre nom. Au contraire, ſi la dette de la communauté procede de ſon chef, ou qu'elle s'y ſoit obligée en ſon pro-

pre nom, ayant été partie dans le contrat, avec ſon mari qui l'a autoriſée, la femme & ſes héritiers, nonobſtant la rénonciation, en ſont tenus envers le créancier; mais ils en doivent être acquittés par les héritiers du mari.

574. A l'égard des dettes auxquelles la femme ne s'eſt pas obligée en ſon nom, la femme & ſes héritiers n'en ſont pas tenus, même envers le créancier, quand même ce ſeroit des dettes, dont il pourroit ſembler que la femme a profité; telles que ſont celles du Boulanger, du Boucher, du Marchand qui a vendu les étoffes dont elle eſt habillée. Deniſart rapporte un Arrêt du 22 Juillet 1762, qui a donné à une veuve qui avoit renoncé à la communauté, congé de la demande du Boucher, pour fournitures de viande juſqu'à la mort de ſon mari, en infirmant une Sentence du Châtelet qui avoit fait droit ſur la demande.

La raiſon eſt, que la femme eſt cenſée avoir payé à ſon mari, tout ce qu'elle a conſommé de ces différentes fournitures, par la jouiſſance de la dot qu'elle lui a apporté, *ad ſuſtinenda onera matrimonii*: l'ayant payé à ſon mari, elle ne doit pas être obligée à le payer une ſeconde fois aux marchands qui n'ont contracté qu'avec ſon mari, & non avec elle; ils ne ſont pas plus fondés à le lui demander, que le ſeroit un Boulanger qui auroit fourni du pain à un Maître de penſion, & qui s'aviſeroit d'en demander le prix aux penſionnaires qui l'ont mangé.

Cette déciſion doit avoir lieu, quand même la femme auroit arrêté les parties, ou fait elle-même les emplettes; car elle n'eſt cenſée faire cela, que pour & au nom de ſon mari; elle n'eſt pas cenſée vouloir par-là, s'obliger en ſon nom.

Cela a été jugé par Arrêt du 16 Février 1694, rapporté au cinquiéme tome du Journal des Audiences.

575. Il en eſt de même de tous les marchés qu'une femme de marchand ou d'artiſan, fait pour le commerce de ſon mari; elle eſt cenſée les faire pour ſon mari, ſans vouloir s'obliger en ſon nom; mais lorſqu'elle fait elle-même un commerce ſéparé, elle eſt cenſée s'obliger en ſon nom, pour tout ce qui eſt relatif à ce commerce: c'eſt pourquoi, en renonçant à la communauté, elle eſt tenue de ces dettes envers les créanciers avec qui elle a contracté, ſauf ſon recours contre les héritiers de ſon mari, qui l'en doivent acquitter.

576. La femme qui renonce à la communauté, doit auſſi être acquittée entiérement par la ſucceſſion de ſon mari, des frais d'inventaire, quoique fait à la requête de ladite femme. Lebrun lui en fait porter moitié; mais je crois que c'eſt une erreur. Ces frais ſont une charge privilégiée des biens de la communauté, qu'il étoit néceſſaire de conſtater par un inventaire; ils doivent par conſéquent être acquittés ſur leſdits biens, & non par la veuve; de même que dans le cas d'une ſucceſſion bénéficiaire, les frais d'inventaire ſe payent ſur les biens de la ſucceſſion, & non par l'héritier bénéficiaire. Lebrun tire argument pour ſon opinion, de l'article 107 de la Coutume de Troyes, qui dit que *le ſurvivant* payera la moitié des frais dudit inventaire: la réponſe eſt, que cet article ſuppoſe le cas d'acceptation, comme le plus commun.

## Article III.

### *Du cas auquel la femme laiſſe pluſieurs héritiers, dont les uns acceptent la communauté, & les autres y renoncent.*

577. Le droit qu'a la femme d'avoir moitié dans les biens dont la communauté ſe trouve compoſée lors de ſa diſſolution, eſt, ſuivant les principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *n.* 288, un droit viſible, puiſqu'il a pour objet quelque choſe de viſible; cette moitié dans leſdits biens, qui fait l'objet de ce droit, étant, ainſi que leſdits biens, quelque choſe de diviſible.

Delà il ſuit, ſuivant les mêmes principes, que lorſque la femme laiſſe pluſieurs héritiers, ce droit qu'a la femme, d'avoir moitié dans les biens de la communauté, ſe diviſe de plein droit, de même que tous les autres droits diviſibles de la ſucceſſion, entre ſes héritiers, leſquels y ſuccedent chacun pour leur part héréditaire. Par exemple, ſi la femme laiſſe quatre héritiers; chacun de ſes héritiers ſuccédera pour un quart à la part de la femme, & aura un quart en la moitié des biens de la communauté.

578. Cela eſt ſans difficulté, lorſque tous les héritiers acceptent la communauté; mais ſi trois deſdits héritiers renoncent à la communauté, & qu'un ſeul l'accepte, cet acceptant, aura-t-il en entier la moitié de la femme dans les biens de la communauté, ou n'aura-t-il que ſon quart de ladite moitié?

Lebrun décide qu'il aura la moitié en entier. Cette déciſion me paroît contraire aux premiers principes. Ces trois héritiers de la femme, ont bien renoncé à la communauté pour la part qu'ils y avoient; mais ils n'ont pas renoncé à la ſucceſſion de la femme: celui qui a accepté la communauté, n'eſt toujours, nonobſtant cette renonciation de ſes cohéritiers, héritier de la femme que pour un quart; & par conſéquent, il n'eſt ſucceſſeur aux droits de la femme que pour un quart; & par conſéquent, il ne peut ſuccéder que pour un quart au droit de la femme dans les biens de la communauté, de même qu'à tous les autres droits de la ſucceſſion.

Ce n'eſt donc point à lui à qui doivent accroître les parts auxquelles ſes cohéritiers ont renoncé; elles doivent, par leur rénonciation, demeurer au mari, *jure non decreſcendi*, par la même raiſon que la part de la femme ſeroit demeurée en entier au mari, ſi la femme ou tous les héritiers de la femme avoient renoncé à la communauté.

Chacun des quatre héritiers de la femme, qui a ſuccédé pour ſon quart au droit de la femme, aux biens de la communauté, a pour ſon quart le même droit que la femme; par conſéquent, de même que la femme, ſi elle eût ſurvécu, n'eût pû renoncer à la communauté, pour ſe décharger des dettes, qu'en laiſſant aux héritiers de ſon mari, tout ſon droit dans les biens de la communauté; de même, chacun de ſes héritiers ne peut renoncer à la communauté, qu'en laiſſant au mari, le droit auquel il a ſuccédé à la femme dans les biens de la communauté, pour la part qu'il y a.

Il réſulte de tout ceci, que dans l'eſpece propoſée, lorſque la femme a

laiſſé quatre héritiers, dont trois ont renoncé à la communauté, & un ſeul l'a acceptée, celui qui l'a acceptée, ne doit avoir que ſon quart en la moitié, & le mari doit avoir le ſurplus, ſçavoir la moitié de ſon chef, & les trois quarts dans l'autre moitié, qui ſont les portions auxquelles les trois autres héritiers ont renoncé.

On ne peut tirer aucun argument du droit d'accroiſſement qui a lieu entre les légataires d'une même choſe, pour l'accroiſſement des parts des héritiers de la femme qui ont renoncé à la communauté, à celle de celui qui l'a acceptée.

Le droit d'accroiſſement qui a lieu entre les légataires, n'a lieu qu'entre ceux qui ſont *conjuncti re*, ſoit qu'ils ſoient *conjuncti re & verbis*, ſoit qu'ils le ſoient *re tantùm*, c'eſt-à-dire, entre ceux à chacun deſquels le teſtateur a légué la choſe entiere; de maniere qu'il n'y eût que leur concurrence qui dût partager entre eux la choſe léguée.

Lorſque l'un de ces légataires conjoints prédécede, ou répudie le legs, la part qu'il eût eue dans le legs s'il l'eût accepté, doit accroître, ou plutôt ne pas décroître à celui qui l'a accepté, parce qu'il eſt légataire de la choſe entiere, & qu'il n'y avoit conſéquemment que la concurrencee de ſon colégataire qui a renoncé, qui eût pû le priver d'une part de la choſe.

Mais lorſque le teſtateur a aſſigné à chacun de ſes légataires, une part dans la choſe qu'il leur a léguée, quoique par une même phraſe; comme lorſqu'il a dit: je legue à Titius & à Caius, une telle choſe par égales portions, *ex æquis partibus*; ces légataires ſont *conjuncti verbis tantùm qui ab initio partes habent*, & il n'y a pas lieu entre eux au droit d'accroiſſement, à moins que le teſtateur ne s'en fût expliqué: c'eſt pourquoi, ſi l'un d'eux répudie le legs, celui qui a accepté, n'aura que la moitié qui lui a été aſſignée dans la choſe léguée, ſans pouvoir prétendre l'accroiſſement de la part de celui qui a répudié; car il n'eſt légataire que de ſa moitié. C'eſt ce qui eſt décidé en la Loi 11, *de uſufr. accr.* C'eſt ce que dit Cujas *ad* L. 16, ff. *de Leg.* 1°.

En faiſant l'application de ces principes aux héritiers d'une femme, qui ont ſuccédé à ſon droit de communauté, & dont l'un a accepté la communauté, & les autres y ont renoncé, il eſt évident que ces héritiers ne peuvent être comparés à ces légataires qui ſont *conjuncti re*, & entre leſquels il y a lieu au droit d'accroiſſement: au contraire, ils reſſemblent à ceux qui *ab initio partes habent*; ces héritiers, de même que ces légataires *ab initio partes habuerunt*, ils n'ont chacun ſuccédé que pour leur part au droit de la femme à la communauté; d'où il ſuit, que de même, qu'il n'y a pas lieu au droit d'accroiſſement entre ces légataires, qui ne ſont point *conjuncti re*, & qui au contraire, *ab initio partes habent*, il ne doit pas non plus avoir lieu au droit d'accroiſſement entre ces héritiers.

579. Paſſons à une autre queſtion: en retenant l'eſpece de quatre enfans héritiers de leur mere, dont un accepte la communauté, & les trois autres y renoncent: ſi par le contrat de mariage, la repriſe de l'apport de la femme avoit été ſtipulée au profit des enfans en cas de rénonciation; pour quelle part chacun des enfans qui ont renoncé à la commu-

nauté, aura-t-il la repriſe de cet apport, & par qui la repriſe de cet apport leur eſt-elle dûe ? Le droit de repriſe de l'apport de la femme en cas de rénonciation, étant un droit diviſible de ſa ſucceſſion, chacun des quatre enfans y a ſuccédé pour ſa part héréditaire, c'eſt-à-dire, pour un quart. D'où il ſuit que chacun des trois qui ont renoncé, ne peut exercer cette repriſe que pour un quart : à l'égard du quart que celui qui a accepté la la communauté, auroit eu, s'il eût pareillement renoncé, il en a fait confuſion par ſon acceptation de la communauté, & ce quart de l'apport eſt demeuré confondu dans les biens de la communauté.

Cela eſt ſans difficulté ; il y en a plus ſur la queſtion de ſçavoir par qui eſt dûe cette repriſe : l'enfant qui a accepté la communauté, eſt-il tenu d'y contribuer pour le quart, en la moitié qu'il a dans les biens de la communauté ? où le mari eſt-il ſeul tenu d'acquitter cette repriſe envers les trois enfans qui ont renoncé ? Pour y faire contribuer l'enfant qui a accepté, on dira que l'apport de la femme étant entré dans la communauté, la repriſe de cet apport eſt une dette de la communauté, dont l'enfant acceptant doit être tenu, de même que de toutes les autres dettes de la communauté, pour la part qu'il a dans la communauté.

On dira encore que la repriſe de l'apport, de même que les autres repriſes, s'exerce ſur la maſſe des biens de la communauté, laquelle étant par-là diminuée, la part que l'enfant acceptant a dans cette maſſe, ſe trouve diminuée à proportion ; & l'enfant par ce moyen, contribue à cette repriſe pour ſa part. Nonobſtant ces raiſons, je penſe qu'on doit décider que le mari doit payer ſeul aux trois renonçans, la part que chacun d'eux a dans l'apport de la femme, ſans que l'enfant acceptant ſoit tenu d'y contribuer ; & qu'en conſéquence, la repriſe ne doit pas en être faite en cas, ſur la maſſe des biens de la communauté. La raiſon eſt, que l'enfant qui renonce pour ſa part à la communauté, & demande pour ſa part, l'apport de ſa mere, abandonne au mari la part qu'il a dans la communauté, pour la part qu'il a dans l'apport de ſa mere, à laquelle il ſe tient ; cette part de l'apport de ſa mere, eſt le prix de l'abandon qu'il fait au mari de ſa part en la communauté ; or, le mari profitant ſeul de l'abandon de cette part, qui demeure pardevers lui, *jure non decreſcendi*, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 480, c'eſt lui ſeul qui doit être tenu du prix de cet abandon.

580. Paſſons à préſent au cas auquel la femme a laiſſé des héritiers à différentes eſpeces de biens ; l'un à ſes meubles & acquêts, l'autre à ſes propres d'une certaine ligne. La part des dettes de la communauté, dont la ſucceſſion de la femme eſt tenue en cas d'acceptation de la communauté, devant être en ce cas ſupportée tant par l'héritier aux propres, que par l'héritier aux meubles & acquêts, à proportion de ce que chacun a dans l'actif de la ſucceſſion, quoique l'héritier aux propres ne ſuccede à rien des choſes qui compoſent la communauté, il s'enſuit que ces héritiers ont des intérêts oppoſés, par rapport au parti de l'acceptation de la communauté, & à celui de la rénonciation à la communauté : l'héritier aux propres, qui en cas d'acceptation de la communauté, ne ſuccede à rien de ce qui en compoſe l'actif, & porte néanmoins ſa part des dettes de ladite commu-

nauté, a intérêt d'y renoncer, quelqu'avantageuse que soit en elle-même la communauté; pourra-t-il au préjudice de l'héritier aux meubles & acquêts, renoncer à une communauté, qui est en elle-même avantageuse; & par ce moyen, se décharger de la part des dettes qu'il en doit supporter, qu'il fera retomber sur l'autre héritier?

*Vice versâ*, l'héritier aux meubles & acquêts peut quelquefois avoir intérêt d'accepter une communauté onéreuse; parce qu'en succédant seul à tout ce qui en compose l'actif, il se décharge d'une partie du passif sur l'héritier aux propres; pourra-t-il au préjudice de l'héritier aux propres, accepter une communauté, qui en elle-même, est plus onéreuse que profitable?

Vaslin, sur la Coutume de la Rochelle, prétend d'après Lebrun qu'il cite, que l'héritier aux meubles & acquêts, peut accepter la communauté, quoique manifestement mauvaise, au préjudice de l'héritier aux propres, qu'il fera contribuer à la part des dettes de la communauté dont la succession de la femme est chargée. Il se fonde sur ce que l'article 229 de la Coutume, déférant la moitié de la communauté aux héritiers, il a, (dit-il,) cette part de son chef; d'où il conclut, qu'il peut à son gré l'accepter, sans que l'héritier aux propres puisse critiquer son acceptation; & que ce n'est pas le cas d'entrer dans l'examen du *quid utilius*, & de ce qu'auroit dû faire la défunte, puisque ce n'est pas du chef de la défunte, mais de son propre chef qu'il l'accepte. Cette opinion me paroît injuste, & fondée sur un faux principe: il est faux que l'héritier aux meubles & acquêts, ait de son chef, la part des biens de la communauté; il a cette part comme héritier de la femme, comme représentant la personne de la femme, & comme trouvant dans la succession de la femme, le droit d'accepter cette part des biens de la communauté, s'il ne l'avoit pas de cette maniere: s'il l'avoit de son chef, comme le prétend Vaslin, il s'ensuivroit qu'il seroit tenu seul de toutes les dettes de la communauté, dont cette part des biens de la communauté est chargée, & qu'il ne pourroit y faire contribuer en rien l'héritier aux propres. Ce droit d'accepter ou de répudier la communauté, est donc un droit de la succession de la femme, qui n'est qu'une seule & unique succession, quoique la Loi y appelle plusieurs personnes auxquelles elle en distribue l'actif & le passif. Ce droit intéresse différemment l'héritier aux meubles & acquêts, qui a intérêt à l'acceptation, devant succéder à l'actif, & l'héritier aux propres qui ne peut succéder qu'au passif; ce choix intéressant différemment les différens héritiers, ne doit pas se faire suivant l'intérêt particulier, ni de l'un ni de l'autre des héritiers; mais suivant l'intérêt général de la succession; les différens héritiers représentans tous ensemble la personne de la femme, doivent faire pour elle le choix qu'elle ne peut plus faire par elle-même; mais qu'elle a intérêt de faire, en la considérant comme se survivant à elle-même par sa succession.

Il faut donc pour ce choix, entrer dans l'examen du *quid utilius*, c'est-à-dire, qu'il faut examiner non l'intérêt particulier de l'un ou de l'autre des héritiers de la femme, mais l'intérêt général de sa succession: si par cet examen, il paroît que la communauté est en elle-même avantageuse, & qu'il est en conséquence, de l'intérêt général de la succession de la femme, de

l'accepter, on doit en ce cas, faire prévaloir le parti de l'acceptation; & l'héritier aux propres n'eſt pas recevable à ſe décharger de la part qu'il doit ſupporter dans le paſſif de la communauté, en déclarant qu'il y renonce. Au contraire, s'il eſt trouvé que la communauté eſt en elle même plus onéreuſe que profitable, & qu'en conſéquence, il eſt de l'intérêt général de la ſucceſſion de la femme d'y renoncer, on doit en ce cas faire prévaloir le parti de la rénonciation; & l'héritier aux meubles & acquêts, ne peut pas en acceptant cette communauté, faire rien ſupporter du paſſif de cette communauté, à l'héritier aux propres.

Quelquefois c'eſt l'héritier aux propres de la femme, qui a intérêt à l'acceptation de la communauté; comme dans le cas où elle ſe trouveroit preſque entiérement compoſée de propres de la ligne de cet héritier que la femme y auroit ameublis: ſi en ce cas, l'héritier aux propres vouloit accepter la communauté, pour ſuccéder à ces propres ameublis, & que l'héritier aux meubles & acquêts voulût y renoncer, il faudroit entrer dans l'examen du *quid utilius*, comme dans l'eſpece précédente; & ſi la communauté étoit trouvée être en elle-même avantageuſe, l'héritier aux meubles & acquêts ne pourroit pas, en déclarant qu'il y renonce, ſe décharger de la part qu'il doit ſupporter dans le paſſif de cette communauté; au contraire, ſi elle eſt trouvée être plus onéreuſe que profitable; l'héritier aux propres qui l'a acceptée, ne pourra rien faire ſupporter du paſſif de cette communauté, à l'héritier aux meubles & acquêts qui y renonce.

581. Lorſque la femme a laiſſé pour ſucceſſeur, un héritier qui ſe tient aux quatre quints des propres, & un légataire univerſel dans le legs duquel tombe tout l'actif de la communauté, pour la part qu'y avoit la femme; ſi l'héritier avoit renoncé à la communauté avant que de ſaiſir le légataire univerſel de ſon legs, il faudroit en ce cas entrer dans l'examen du *quid utilius*: ſi par cet examen, la communauté ſe trouvoit être en elle-même avantageuſe; en ce cas, le légataire univerſel, nonobſtant la rénonciation à la communauté, qui n'a pu la faire à ſon préjudice, ſeroit reçu en ſa qualité de légataire univerſel, à accepter la communauté, & à faire ſupporter à l'héritier, qui s'eſt tenu aux quatre quints des propres, la part qu'il doit ſupporter du paſſif de la communauté: au contraire, ſi la communauté étoit trouvée être plus onéreuſe que profitable, le légataire en l'acceptant, ne pourroit rien faire porter du paſſif à l'héritier.

# QUATRIEME PARTIE.

## *De la liquidation & du partage qui ſont à faire après la diſſolution de la Communauté.*

NOUS traiterons dans un premier Chapitre, des différentes créances de chacun des conjoints contre la communauté, & des différentes dettes de chacun deſdits conjoints envers elle. Dans un ſecond Chapitre, nous traiterons du partage des biens de la communauté, & des actes qui y ſont préalables.

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des différentes créances de chacun des conjoints contre la communauté; & des différentes dettes de chacun deſdits conjoints envers la communauté.*

582. APRÈS la diſſolution de communauté, on doit liquider les créances que chacun des conjoints a contre la communauté, & les dettes dont chacun des conjoints eſt débiteur envers la communauté.

Cette liquidation eſt néceſſaire en cas d'acceptation de la communauté par la femme ou ſes héritiers, afin que chacun des conjoints (ou ſes héritiers) puiſſe, au partage qui ſe fera des biens de la communauté, exercer ſur les biens de la communauté la repriſe de la ſomme dont il ſe ſera trouvé créancier de la communauté, déduction faite de celle dont il étoit débiteur envers elle; & que dans le cas où l'un ou l'autre des conjoints ſe ſeroit trouvé débiteur de quelque ſomme envers la communauté, déduction faite de ce qui lui eſt dû par la communauté, cette ſomme dont il s'eſt trouvé redevable envers la communauté, lui ſoit au partage précomptée ſur ſa part.

583. Dans le cas de la rénonciation à la communauté par la femme ou ſes héritiers, il eſt inutile de liquider les créances qu'a le mari contre la communauté, & les dettes dont il eſt débiteur envers la communauté: car demeurant par cette rénonciation ſeul propriétaire des biens, & ſeul tenu des dettes de la communauté, il fait confuſion ſur lui de tout ce qui lui eſt dû par la communauté, & de tout ce qu'il lui doit.

A l'égard de la femme, il faut, dans le cas de rénonciation à la communauté, de même que dans celui de l'acceptation, liquider les créances de la femme contre la communauté; car elle a pour ſes créances action contre le mari ou ſes héritiers; & il faut pareillement liquider les dettes dont elle eſt tenue envers la communauté; la ſomme dont elle ſe trouvera redevable devant lui être déduite ſur la reſtitution de ſa dot.

Nous

Nous parcourrons dans une premiere Section, les différentes eſpeces de créances que chacun des conjoints peut avoir contre la communauté; & dans une ſeconde Section, les différentes eſpeces de dettes dont ils peuvent être débiteurs envers la communauté.

## SECTION PREMIERE.

### *Des différentes créances des conjoints contre la communauté.*

584. La premiere eſpece de créance que chacun des conjoints peut avoir contre la communauté, eſt la repriſe de tout le mobilier que chacun des conjoints s'eſt, par le contrat de mariage, réſervé propre, & qui eſt entré dans la communauté, lors ou depuis le mariage. Nous avons déja parlé de cette créance, *ſuprà*, *part.* 1, *ch.* 2, dans l'article où nous avons traité de la clauſe de réaliſation.

La ſeconde eſpece de créance de chacun des conjoints contre la communauté, eſt le remploi du prix de ſes propres aliénés durant la communauté: nous en traiterons en particulier dans le premier article de cette Section. Nous parcourrons dans un ſecond article, les autres différentes eſpeces de créances des conjoints contre la communauté: dans un troiſieme, nous obſerverons la différence entre l'homme & la femme par rapport à ces créances.

### ARTICLE PREMIER.

#### *Du remploi du prix des propres des conjoints, aliénés durant la communauté.*

585. Lorſque durant la communauté, l'héritage propre de l'un ou de l'autre des conjoints a été aliéné, ou lorſque la rente propre de l'un d'eux a été rachetée, & que la communauté en a reçu le prix; s'il n'a pas été fait remploi en autres héritages ou rentes de la maniere dont il a été dit *ſuprà*, *n.* 198 & 199, celui des conjoints à qui l'héritage ou la rente appartenoit, eſt créancier de la communauté de ce prix.

Cela a toujours été ſans difficulté, lorſque par le contrat de mariage il avoit été ſtipulé que chacun des conjoints auroit remploi du prix de ſes propres aliénés durant le mariage. A défaut de cette clauſe, par le contrat de mariage, ou du moins par l'aliénation, le conjoint ne pouvoit autrefois prétendre aucun remploi ni repriſe du prix. Comme c'étoit une voie ouverte aux conjoints de s'avantager, la nouvelle Coutume de Paris, pour empêcher ces avantages indirects qui en réſultoient, a accordé la repriſe du prix, quoiqu'il n'y eût aucune convention. C'eſt la diſpoſition de l'article 232, où il eſt dit: « Si durant le mariage eſt vendu aucun héritage ou rente propre, appartenante à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage; ou ſi ladite rente eſt » rachetée, le prix de la vente ou rachat eſt repris ſur les biens de la communauté au profit de celui à qui appartenoit l'héritage ou rente, encore » qu'en vendant, n'eût été convenu du remploi ou récompenſe, & qu'il n'y » ait eu aucune déclaration ſur ce faite. »

Cet article a été inséré dans la Coutume d'Orléans, *art.* 192.

Dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, on avoit encore, depuis la réformation de la Coutume de Paris, suivi pendant un peu de temps l'ancienne Jurisprudence, qui n'accordoit aucune reprise, si elle n'avoit été convenue par le contrat de mariage ou par l'aliénation : mais depuis cette disposition de la Coutume de Paris a été étendue à toutes les Coutumes. C'est ce qui paroît par les Arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, *lettr.* R, *ch.* 30.

Cette disposition de la Coutume de Paris est principalement fondée sur ce principe, qu'il n'est pas permis à l'un des conjoints par mariage d'avantager l'autre à ses dépens durant le mariage.

De-là il suit que l'un des conjoints ne peut à ses dépens avantager la communauté durant le mariage; car en avantageant sa communauté, il avantage l'autre conjoint pour la part que l'autre conjoint doit avoir dans les biens de la communauté lors de sa dissolution.

De-là il suit que lorsque le propre de l'un des conjoints a été aliéné durant la communauté, il doit, lors de la dissolution de communauté, avoir la reprise sur les biens de la communauté de tout ce qui est parvenu à la communauté par l'aliénation de ce propre; autrement il auroit avantagé la communauté à ses dépens.

Quoique la disposition de l'article 232 de la Coutume de Paris ait été principalement faite pour empêcher les avantages indirects entre mari & femme, elle a néanmoins été étendue même aux Coutumes qui leur permettent de s'avantager. Il a paru qu'il y auroit de l'inconvénient de permettre dans ces Coutumes des avantages qui ne seroient pas l'effet d'une volonté expresse des parties.

Les principes que nous avons exposés, servent à la décision de tout ce qui fera la matiere de ce que nous allons traiter dans cinq paragraphes. 1°. En quoi consiste la reprise, lorsque l'héritage propre de l'un des conjoints a été vendu durant la communauté. 2°. Quelles especes d'aliénations d'un héritage ou autre droit immobilier propre de l'un des conjoints, donnent lieu à la reprise; & en quoi consiste-t-elle dans chacune desdites especes d'aliénations. Dans un troisieme, nous verrons si la vente d'un office de la Maison du Roi, dont le mari étoit pourvu avant le mariage, donne lieu au remploi. Dans un quatrieme, nous rapporterons un cas auquel il y a lieu à la reprise du prix d'héritages aliénés avant que la communauté ait commencé. Dans un cinquieme, nous verrons si le mari est tenu du remploi du prix des héritages de la femme, aliénés depuis la séparation.

## §. I.

### *En quoi consiste la reprise lorsque l'héritage propre de l'un des conjoints a été vendu durant la communauté.*

586. Suivant nos principes, que la reprise est due de ce qui est parvenu à la communauté par l'aliénation du propre du conjoint, cette reprise ne doit être ni du prix auquel ce propre a été estimé par le contrat de mariage, ni de

celui qu'il valoit lors de l'aliénation, mais préciſément de celui pour lequel il a été vendu; quand même il auroit été vendu au-deſſous ou au-deſſus de ce qu'il valoit. C'eſt ce qui eſt décidé par l'article 232 de la Coutume de Paris, ci-deſſus rapporté, qui porte; *ſi durant le mariage, eſt vendu aucun héritage propre, .... LE PRIX DE LA VENTE EST REPRIS.*

587. Suivant les mêmes principes, ces termes de la Coutume, *le prix de la vente*, doivent s'entendre non-ſeulement du prix principal, mais de tout ce qui eſt acceſſoire de ce prix, & dont la communauté a profité; comme de ce qui a été reçu pour pot-de-vin, pour épingles, ou ſous quelqu'autre dénomination que ce ſoit, ſoit en argent, ſoit en effets mobiliers.

Par exemple, ſi j'ai vendu mon héritage propre durant la communauté avec ma femme, & que l'acheteur ait donné pour épingles à ma femme une belle robe, je dois avoir la repriſe, non-ſeulement de la ſomme qui a fait le prix principal de la vente de mon propre, mais encore de la ſomme que valoit cette robe qui a été donnée à ma femme pour épingles; car cette robe faiſoit partie du prix de la vente de mon propre, & ma communauté en a profité.

588. Par la même raiſon, on doit comprendre *dans le prix de la vente* dont la repriſe eſt due, celui des charges appréciables à prix d'argent, qui ont été impoſées à l'acheteur, & dont la communauté a profité.

Par exemple, ſi un Raffineur a, durant ſa communauté, vendu ſon héritage propre à Pierre pour une certaine ſomme, & à la charge que Pierre le ſerviroit gratuitement, en qualité de contre-maître, pendant trois ans, la charge de ce ſervice impoſée à Pierre eſt une charge appréciable à prix d'argent, & dont la communauté a profité, puiſqu'elle a été déchargée pendant ce temps de trois ans, des appointemens qu'il eût fallu donner à un contre-maître; le Raffineur doit donc avoir la repriſe du prix de cette charge, c'eſt-à-dire, de la ſomme à laquelle auroient monté les appointemens des trois années dont la communauté a été déchargée.

Par la même raiſon le conjoint doit avoir la repriſe du prix des charges qu'il a impoſées ſur ſon héritage propre en l'aliénant, lorſque c'eſt la communauté qui en profite, Par exemple, ſi le conjoint en vendant une maiſon qui lui étoit propre, l'a chargée d'un droit de ſervitude envers la maiſon voiſine, qui eſt un conquêt de ſa communauté, il doit avoir la repriſe du prix qu'on eſtimera valoir ce droit de ſervitude dont la communauté profite aux dépens de ce conjoint, qui eût vendu ſa maiſon plus cher, s'il l'eût vendue ſans cette charge.

589. La communauté ne doit les intérêts du prix de la vente de l'héritage propre de l'un des conjoints qu'elle a reçu, que du jour de la diſſolution de la communauté; elle n'en doit point pour tout le temps qui a couru depuis qu'elle a reçu ce prix, juſqu'au temps de la diſſolution de la communauté; car ils lui tiennent lieu des fruits de l'héritage qu'elle eût eu, ſi l'héritage n'eût pas été vendu.

590. Lorſque l'héritage a été vendu pour un ſeul prix avec les fruits pendans, ſi la communauté a duré au delà du temps de la récolte de ces fruits, on doit déduire ſur ce prix celui des fruits pendans; car la communauté ne

profite pas du prix desdits fruits, lesquels lui auroient appartenus s'ils n'eussent pas été vendus; elle ne profite que du surplus; elle ne doit donc la reprise que du surplus.

Par la même raison, lorsque l'un des conjoints a vendu durant la communauté son héritage propre, pour un certain prix, que l'acheteur qui entreroit en jouissance du jour du contrat, ne payeroit néanmoins qu'au bout de trois ans sans intérêt; si la communauté a duré jusques & au-delà des trois ans, le conjoint ne peut prétendre la reprise de ce prix, que sous la déduction de celui des trois années de jouissance qui auroient appartenu à la communauté, & qui est entré dans ce prix.

591. *Contrà vice versâ*, si l'un des conjoints a vendu durant la communauté son héritage propre pour un certain prix payé comptant lors du contrat, & à la charge néanmoins que l'acheteur n'entreroit en jouissance qu'au bout de trois ans; si la communauté a duré jusqu'à ce temps, ce conjoint doit avoir la reprise non-seulement du prix porté au contrat, mais de ce que l'héritage auroit été vendu de plus, sans la réserve de ces trois années de jouissance qui en a diminué le prix; autrement ce seroit une perte que feroit ce conjoint, dont la communauté profiteroit, qui pendant ces trois ans a eu tout-à-la-fois & la jouissance de l'héritage, & la jouissance du prix.

592. Lorsque c'est un droit d'usufruit ou de rente viagere propre de l'un des conjoints, qui a été vendu durant la communauté pour le prix d'une certaine somme d'argent payée comptant, le conjoint ne doit avoir la reprise de cette somme, que sous la déduction de ce dont la communauté auroit profité des revenus de cet usufruit, ou des arrérages de cette rente, pendant tout le temps couru depuis la vente qui en a été faite, jusqu'à celui de la dissolution de communauté, au-delà des intérêts de la somme reçue pour le prix; car la communauté n'a profité de la somme reçue pour ce prix, que sous cette déduction.

Par exemple, je suppose qu'un droit d'usufruit dont le revenu étoit, toutes charges & risques déduits, de mille livres par chacun an, ait été vendu pour le prix de 12000 liv., & que la communauté ait duré dix ans, dans un temps auquel l'intérêt de l'argent étoit au denier vingt, cet usufruit, s'il n'eût pas été vendu, auroit pendant les dix ans courus depuis la vente jusqu'à la dissolution de communauté, produit par chacun an 400 livres de plus, ce qui fait pour les dix ans 4000 livres: le conjoint ne doit donc avoir la reprise de la somme de 12000 livres, pour laquelle son propre a été vendu, que sous la déduction de ladite somme de 4000 liv. Il n'importe, suivant cette opinion, que la dissolution de la communauté soit arrivée par le prédécès de celui des conjoints à qui appartenoit l'usufruit ou la rente viagere, ou par celui de l'autre conjoint; la reprise du prix se regle de cette maniere en l'un & l'autre cas.

## §. II.

*Quelles eſpeces d'aliénations des héritages & droits immobiliers de chacun des conjoints, donnent lieu à la repriſe; & en quoi conſiſte-t-elle dans le cas de chacune deſdites eſpeces d'aliénation.*

593. Ce n'eſt pas ſeulement la vente des propres de chacun des conjoints, qui donne lieu à la repriſe : toutes les autres eſpeces d'aliénations deſdits propres par leſquelles il parvient à la communauté, ſoit quelque ſomme d'argent, ou autre choſe, ſoit quelqu'avantage appréciable à prix d'argent, y donnent pareillement lieu. C'eſt ce que nous allons faire voir, en parcourant les différentes eſpeces d'aliénations.

594. *La dation en paiement.* Lorſque l'un des conjoints a donné ſon héritage propre, en paiement de quelques dettes de la communauté, il eſt créancier de la communauté de la repriſe du montant deſdites dettes; car la communauté a profité d'autant par la libération deſdites dettes que lui a procuré l'aliénation du propre de ce conjoint, qui a été donné en paiement deſdites dettes.

*La donation remunératoire.* Lorſque l'un des conjoints a fait donation à quelqu'un de ſon héritage propre, en récompenſe de ſervices; ſi ces ſervices étoient appréciables à prix d'argent, & que la récompenſe de ces ſervices fût due par la communauté, le conjoint ſera créancier de la communauté, de la repriſe du montant du prix de ces ſervices, dont la communauté a été libérée; car cette donation eſt juſqu'à concurrence du prix deſdits ſervices, une dation en paiement d'une dette de la communauté.

*La donation onéreuſe.* Lorſque l'un des conjoints, par la donation qu'il a faite à quelqu'un, pendant la communauté, de ſon héritage propre, a impoſé quelques charges au donataire; ſi ces charges ſont appréciables à prix d'argent, & que ce ſoit la communauté qui en ait profité, le conjoint eſt créancier de la communauté de la repriſe du prix de ces charges dont la communauté a profité; car c'eſt quelque choſe qui eſt parvenu à la communauté par l'aliénation de ce propre.

*L'aliénation pour une rente viagere :* Lorſque l'un des conjoints, durant la communauté, a aliéné ſon héritage propre pour une rente viagere, la repriſe due à ce conjoint conſiſte dans la ſomme dont les arrérages de la rente viagere, courus depuis l'aliénation de l'héritage juſqu'à la diſſolution de la communauté, excédent les revenus dudit héritage, leſquels ſeroient tombés dans la communauté ſi l'héritage n'eût pas été aliéné.

Par exemple, ſuppoſons qu'un héritage dont le revenu étoit, toute charges & riſques déduits, de 600 liv. par chacun an, ait été aliéné pour une rente annuelle & viagere de 1000 liv., & que la communauté ait duré dix ans depuis l'aliénation de cet héritage, la rente viagere excede de 400 liv. par chacun an le revenu de l'héritage : c'eſt pour les dix années qui en ont couru pendant la communauté, une ſomme de 400 livres, dont la communauté a profité, & dont le conjoint qui a aliéné ſon héritage, doit avoir la repriſe.

Obſervez que ſi le prédécédé des deux conjoints avoit donné ſon héritage propre pour une rente viagere, au profit de lui & de l'autre conjoint, pendant les vies de l'un & de l'autre, les héritiers du prédécédé auroient droit de percevoir cette rente à la place du ſurvivant, pendant la vie du ſurvivant à qui le prédécédé n'a pu faire valablement aucun avantage durant le mariage.

495. *L'échange :* Lorſque l'un des conjoints a aliéné ſon héritage propre à titre d'échange contre des choſes mobiliaires qu'il a reçues en contr'échange, ce conjoint eſt créancier de la communauté, de la repriſe de la ſomme que valoient leſdites choſes au temps qu'il les a reçues, leſdites choſes ayant été ſubſtituées durant la communauté à l'héritage propre de communauté, qui a été aliéné, ſont elles-mêmes des propres de communauté, qui n'y ont pu entrer qu'à la charge de la repriſe, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 99.

Pareillement lorſque l'échange a été fait contre un autre héritage, mais à la charge d'un retour, ſoit en deniers, ſoit en d'autres choſes, le conjoint eſt créancier de la communauté de la repriſe de la ſomme de deniers, ou de la valeur des choſes qu'il a reçues pour ce retour.

596. *Bail à rente.* Lorſque l'un des conjoints a, durant la communauté, fait bail à rente de ſon héritage, ſi par le bail il a reçu par forme de deniers d'entrée, ou une ſomme d'argent ou d'autres choſes mobiliaires; ou ſi par forme de deniers d'entrée il a impoſé au premier quelque charge dont la communauté a profité, il eſt créancier de la communauté de la repriſe, ſoit de la ſomme de deniers, ſoit de la valeur des choſes qu'il a reçues par forme de deniers d'entrée, ſoit de la valeur de la charge qu'il a impoſée au premier, dont la communauté a profité.

597. Pour que le conjoint ſoit créancier de la communauté, de la repriſe de tout ce qui eſt parvenu à la communauté, par l'aliénation faite durant la communauté, de ſon héritage propre, il n'importe que l'aliénation ait été néceſſaire ou volontaire. C'eſt ce qui paroît par l'article 232 de la Coutume de Paris, ci-deſſus rapporté, qui accorde la repriſe du prix du rachat d'une rente propre, (ce qui eſt une aliénation néceſſaire) auſſi-bien que celle du prix de la vente volontaire qui a été faite d'un héritage propre.

Par cette raiſon, lorſque pendant la communauté, l'un des conjoints a été obligé de délaiſſer un de ſes héritages propres, ſur une action de reméré, ou ſur une action de retrait, ſoit lignager, ſoit ſeigneurial, ſoit conventionnel, il eſt créancier de la communauté de la repriſe du prix de l'héritage qui lui a été rendu ſur leſdites actions de reméré ou de retrait.

598. Il n'en eſt pas de même du délais d'un héritage que l'un des conjoints avoit acheté avant ſon mariage, qu'il a été obligé de faire durant la communauté, ſur une action reſciſoire du vendeur, ſoit pour cauſe de minorité, ſoit pour cauſe de léſion de plus de moitié du juſte prix; ſoit pour quelqu'autre cauſe de reſciſion : la vente qui lui a été faite de cet héritage étant reſcindée par le jugement qui intervient ſur cette action, il eſt cenſé n'en avoir jamais été propriétaire; le délais qu'il en fait ſur cette action, ne peut donc paſſer pour une aliénation de ſon héritage propre; & la ſomme qui lui eſt rendue ſur cette action par le vendeur, ne peut paſſer pour le prix

de ſon héritage propre ; il eſt cenſé avoir été ſeulement créancier pour la répétition de cette ſomme, *condictione ſine causâ*, comme l'ayant payée en vertu d'un contrat nul : cette créance étant la créance d'une ſomme d'argent, & par conſéquent une créance mobiliaire, eſt tombée dans la communauté, ſans que le conjoint en puiſſe avoir aucune repriſe ; à moins que par ſon contrat de mariage, il n'eût par une clauſe de réaliſation, ſtipulé propre ſon mobilier.

*Contra vice versâ* ; ſi l'un des conjoints avoit avant ſon mariage, vendu ſon héritage pour un prix au-deſſous de la moitié du juſte prix, & que depuis, durant la communauté, il ait exercé l'action réciſoire contre l'acheteur qui lui a payé une certaine ſomme pour le ſupplément du juſte prix, le conjoint eſt créancier de la communauté de la repriſe de cette ſomme ; car elle eſt le prix du rachat de l'action reſciſoire que ce conjoint avoit contre cet acheteur, & par conſéquent le prix du rachat d'un propre ; car cette action reſciſoire étoit un droit immobilier qui appartenoit à ce conjoint dès avant ſon mariage, & par conſéquent un propre de communauté.

599. Lorſque l'un des conjoints, pendant la communauté, a été obligé de délaiſſer ſur une action hypothécaire, un héritage qui lui étoit propre de communauté ; ſi pour faire ce délais il a reçu du demandeur une certaine ſomme d'argent pour le prix des méliorations faites par lui ou par ſes auteurs ſur cet héritage, avant ſon mariage, il eſt créancier de la communauté de la repriſe de cette ſomme ; car ces méliorations étant quelque choſe qui fait partie de l'héritage ſur lequel elles ont été faites, la ſomme qu'il a reçue pour le prix de ces méliorations, eſt une ſomme qu'il a reçue durant la communauté pour le prix de ſon propre, qu'il a été obligé de délaiſſer & d'aliéner pendant la communauté.

Si les méliorations avoient été faites depuis le mariage, il n'y auroit pas de repriſe de la ſomme payée par le demandeur pour le prix de ces méliorations ; car ayant été faites en ce cas aux dépens de la communauté, c'eſt la communauté qui a dû en être rembourſée.

600. Lorſque c'eſt ſur une action de revendication que l'un des conjoints a été obligé de délaiſſer, pendant la communauté, un héritage qu'il poſſédoit avant ſon mariage, il ne doit pas avoir la repriſe de la ſomme qu'il a reçue pour le prix des méliorations : on ne peut pas dire dans cette eſpece, que le prix de ces méliorations fût le prix de ſon propre ; car par le jugement qui eſt intervenu ſur cette demande, il paroît que l'héritage ne lui appartenoit pas, & n'étoit pas par conſéquent un héritage qui lui fût propre ; les méliorations faites ſur cet héritage, quoique faites de ſes deniers, étant quelque choſe qui fait partie de l'héritage, ne lui appartenoient pas, elles appartenoient au propriétaire de l'héritage, ſuivant la regle *acceſſorium ſequitur jus ac dominium rei principalis*. Le conjoint n'avoit pour le rembourſement du prix de ces méliorations, qu'une créance perſonnelle, *ex quaſi contractu negotiorum geſtorum*, contre le propriétaire de l'héritage : cette créance étant la créance d'une ſomme d'argent, & par conſéquent créance mobiliaire, eſt tombée dans la communauté comme le reſte de ſon mobilier, ſans qu'il puiſſe en avoir la repriſe, à moins qu'il n'eût réſervé propre ſon mobilier par ſon contrat de mariage.

601. Lorſque par une tranſaction l'un des conjoints, durant la communauté, a fait pour une certaine ſomme le délaiſſement d'un héritage qu'il poſſédoit dès avant ſon mariage, à une perſonne qui lui en conteſtoit la propriété, le conjoint eſt créancier de la communauté de la repriſe de cette ſomme; car quoiqu'il ſoit incertain ſi cet héritage lui appartenoit, & qu'il ſoit incertain par conſéquent ſi la ſomme qu'il a reçue pour faire ce délaiſſement, eſt le prix d'un héritage propre de ce conjoint, au moins il eſt certain que cette ſomme qu'il a reçue durant la communauté, eſt le prix de la prétention qu'il avoit à cet héritage: cette prétention eſt une eſpece de droit qu'il avoit dès avant ſon mariage, & qui étoit par conſéquent propre; la ſomme qu'il a reçue pour l'abandon de cette prétention, peut donc être regardée comme le prix d'un abandon de ſon propre qu'il a fait durant la communauté, dont il doit par conſéquent avoir la repriſe.

## §. III.

*Si la vente d'un Office de la Maiſon du Roi, dont le mari étoit pourvu avant ſon mariage, faite pendant le mariage, peut donner lieu au remploi du prix.*

602. Cette queſtion a été jugée par un Arrêt du 24 Septembre 1679, rapporté au ſecond tome du Journal du Palais, pour un Office de Secrétaire du Cabinet du Roi, dont étoit pourvu le Sieur Lucas dès avant ſon mariage, & qu'il avoit vendu durant ſon mariage pour le prix de 108000 livres, avec l'agrément du Roi: Lucas ayant demandé la repriſe de cette ſomme au partage de la communauté, elle lui fut conteſtée par les héritiers de ſa femme: leur moyen étoit que ces offices n'étant, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 91, que des commiſſions qui ſont ſous la main du Roi, étant des choſes qui ne ſont pas *in bonis*, qui ne ſont pas proprement partie du patrimoine & des biens de l'Officier qui en eſt revêtu, le Sieur Lucas ne pouvoit pas prétendre que la ſomme qu'il avoit reçue du réſignataire de ſon office, fût le prix de ſon *bien propre*, puiſque l'office n'étant pas en tout ſon bien, ne pouvoit pas être ſon *bien propre*; cette ſomme n'étant pas le prix d'un bien propre, ne peut être conſidérée que comme une ſimple obvention que Lucas tient de la libéralité du Roi, qui pour gratifier Lucas, a bien voulu donner au réſignataire l'agrément, ſous la condition de payer à Lucas cette ſomme. Cette obvention étant advenue durant la communauté, eſt tombée dans la communauté. Lucas répondoit, que quoiqu'un office de la Maiſon du Roi, en tant qu'on le conſidere comme en la main & en la diſpoſition du Roi, ne ſoit pas le bien de l'Officier, il le devient par la permiſſion que le Roi donne à l'Officier de le vendre & d'en diſpoſer. Le Sieur Lucas, en vendans ſon office, a donc vendu ſon *bien*, & ſon bien *propre*, puiſque c'étoit une choſe qu'il avoit avant ſon mariage; la ſomme qu'il a reçue pour le prix de ſon office, eſt donc le prix d'un bien propre, vendu durant la communauté, dont la Coutume lui accorde la repriſe: l'Arrêt a jugé que la repriſe étoit due.

§. IV.

## §. IV.

### *Cas auquel il y a lieu à la repriſe du prix d'héritages aliénés, avant que la communauté ait commencé.*

603. Suppoſons que deux futurs conjoints, par leur contrat de mariage, ont ſtipulé qu'ils ſeroient communs, conformément à la Coutume; l'un d'eux, dans le temps intermédiaire du contrat & de la célébration du mariage, a vendu ſes héritages dans la vue d'avantager l'autre conjoint, en faiſant entrer dans la communauté, au temps de la célébration, qui eſt le temps auquel elle commence, tout le mobilier qu'il ſe trouve avoir alors, dans lequel il a converti ſes héritages, qui ne ſeroient pas entrés en la communauté, s'il ne les eût pas vendus: dans ce cas, quoique les héritages de ce conjoint aient été aliénés avant que la communauté ait commencé, ce conjoint ou ſes héritiers doivent avoir la repriſe du prix qui en eſt depuis entré en la communauté lorſqu'elle a commencé. La raiſon eſt, que des futurs conjoints peuvent bien ſe faire de tels avantages que bon leur ſemble par leur contrat de mariage; mais dans le temps intermédiaire, entre le contrat & la célébration, il ne leur eſt plus permis d'en changer les conditions, & de ſe faire aucun avantage, ni direct, ni indirect, à l'inſçu & ſans le gré de leurs parents qui y ont aſſiſté. C'eſt pour cette raiſon que les Coutumes de Paris, *art.* 258, & d'Orléans, *art.* 223, déclarent nulles toutes les contre-lettres faites à part & hors la préſence des parens qui ont aſſiſté au contrat de mariage. *Voyez l'Introduction.* Or la vente que ce conjoint a faite de ſes héritages, dans un temps intermédiaire entre le contrat & la célébration, eſt un avantage qu'il a voulu faire dans un temps prohibé, à l'autre conjoint, en faiſant entrer dans la communauté le mobilier dans lequel il a converti ſes héritages, qui ne doivent pas y entrer: on doit donc, pour empêcher cet avantage, lui accorder, & à ſes héritiers, la repriſe du prix deſdits héritages qui eſt entré en la communauté. *Voyez ſuprà*, *n.* 281.

604. Le conjoint a-t-il pareillement en ce cas le remploi du prix de ſes rentes qui ont été rachetées dans le temps intermédiaire du contrat de mariage & de la célébration? La raiſon de douter eſt, que le rachat des rentes étant forcé, il ſemble qu'on ne peut pas dire que le conjoint en recevant les deniers du rachat, ait eu intention d'avantager l'autre conjoint: néanmoins je penſe qu'on doit pareillement lui accorder la repriſe, pour obvier aux avantages indirects; autrement le conjoint à qui les rentes ſont dues, pourroit trouver le moyen de s'en procurer le rachat, en engageant des tiers à fournir au débiteur les deniers pour le faire.

## §. V.

### *Le mari eſt-il tenu du remploi du prix des héritages vendus par ſa femme ſéparée.*

605. Lorſque le mari a autoriſé ſa femme pour vendre un héritage propre de la femme, & pour en recevoir le prix, la femme l'ayant vendu,

en ayant reçu le prix & n'en paroiſſant aucun emploi, c'eſt une queſtion entre les Auteurs, ſi le mari eſt tenu en ce cas du remploi du prix envers la femme ou les héritiers de la femme? Pour la négative, on dit que la raiſon pour laquelle la Coutume de Paris a accordé le remploi, ne peut avoir d'application dans ce cas-ci. La raiſon pour laquelle la Coutume a accordé ce remploi, eſt pour empêcher les avantages indirects qui ne ſont pas permis entre conjoints pendant le mariage; la communauté ayant été enrichie par le prix du propre vendu qui y eſt entré, l'autre conjoint qui partage la communauté ſe trouveroit avantagé aux dépens du conjoint qui a vendu ſon propre, ſi on ne lui en accordoit pas le remploi: or il eſt évident que cette raiſon ne peut recevoir aucune application dans ce cas-ci, auquel il n'y a pas de communauté dans laquelle le prix du propre de la femme ait pu entrer.

Ceux qui tiennent l'opinion contraire, & qui prétendent que le mari doit être tenu du remploi du prix des héritages vendus durant le mariage par une femme ſéparée, conviendront volontiers que la raiſon pour laquelle on accorde le remploi dans le cas d'une communauté, n'a aucune application dans le cas d'une ſéparation: mais il y a d'autres raiſons très-fortes pour obliger le mari à faire faire un remploi du prix des héritages que ſa femme ſéparée vend durant le mariage, & à le rendre reſponſable du prix, lorſqu'il n'en a fait faire aucun remploi; ces raiſons ſont, que ſans cela, la ſéparation ſeroit une voie à un mari pour s'approprier tout le bien de ſa femme, par l'abus qu'il pourroit faire de la puiſſance qu'il a ſur ſa femme, pour la porter à vendre ſes fonds, & à lui en faire paſſer le prix de la main à la main, ſans qu'il en parût rien. Il n'y a pas d'autre moyen de remédier à cet inconvénient, que celui d'obliger le mari à faire l'emploi dont on vient de parler: on ne fait en cela aucun grief au mari, au pouvoir duquel il eſt, ou de ne pas autoriſer ſa femme à vendre ſes héritages, ou lorſqu'il l'y autoriſe, de tenir arrêté chez le Notaire le prix, juſqu'à ce qu'on ait trouvé à en faire emploi. Lorſque les deniers ne ſe trouvent plus, ſans qu'il en ait été fait emploi, le mari eſt légitimement ſuſpect de ſe l'être approprié, & il doit en conſéquence en être reſponſable; il ne doit pas être écouté à dire que c'eſt la femme qui a touché les deniers, & qui en a diſpoſé comme bon lui a ſemblé; car il étoit en ſon pouvoir de les tenir arrêtés, & de ne pas les lui laiſſer toucher: faute de l'avoir fait, il en eſt reſponſable, non-ſeulement comme légitimement ſuſpect de ſe les être appropriés, mais encore par une autre raiſon, qui eſt que la ſéparation ne donnant à la femme que le droit d'adminiſtrer ſes biens, & d'en recevoir les revenus, la femme ſéparée demeure, quant à ſa perſonne, & quant à la diſpoſition de ſes fonds, ſous la puiſſance & le gouvernement de ſon mari: or c'eſt une ſuite de ce gouvernement qu'a le mari, qu'il ſoit tenu de veiller à la conſervation des fonds de ſa femme, & à faire un emploi du prix, lorſqu'ils ſont aliénés.

Cette opinion eſt autoriſée par deux Arrêts du 24 Mars 1741, & 30 Juillet 1744, rapportés dans le Recueil d'Arrêts de la quatrieme Chambre

des Enquêtes; mais il y en a un contraire, du 27 Avril 1748, rapporté dans le même Recueil.

Pour les concilier, il faut dire que lorſqu'une femme a vendu un héritage, ou reçu le rachat de quelque rente depuis ſa ſéparation, le mari qui l'a autoriſée, eſt tenu du remploi du prix, tant envers la femme qu'envers les héritiers de la femme, lorſqu'il eſt ſuſpect d'en avoir profité; ce qui ſe préſume ſur-tout lorſqu'il ne paroît aucun emploi qui en ait été fait. Dans l'eſpece des deux Arrêts qui ont jugé pour le remploi, le mari étoit ſuſpect d'avoir profité du prix, ſuivant que le rapporte l'Auteur du Recueil, qui avoit été un des Juges.

Au contraire, lorſque le mari n'eſt pas ſuſpect d'avoir profité du prix, la femme qui fait elle-même l'emploi du prix, quelque mauvais qu'ait été cet emploi, n'eſt pas recevable à le critiquer; & le mari qui n'a pas reçu les deniers, n'eſt pas tenu du remploi. C'eſt l'eſpece de l'Arrêt de 1748, qui a refuſé le remploi: l'Auteur qui nous le rapporte, nous dit, que dans l'eſpece de cet Arrêt, la femme avoit toujours été, depuis leur ſéparation de biens, en mauvaiſe intelligence avec ſon mari, s'étant volontairement ſéparés d'habitation; que le mari ne pouvoit par conſéquent être ſuſpect d'avoir profité du prix; d'ailleurs la femme convenoit de l'avoir employé elle-même en actions qui étoient devenues à rien.

## ARTICLE II.

### *Des autres créances qu'a chacun des conjoints contre la communauté lors de la diſſolution.*

606. Chacun des conjoints eſt créancier de la communauté, de la repriſe, non-ſeulement de ſon mobilier réaliſé par le contrat de mariage, & du prix de ſes propres qui ont été vendus, & dont le prix a été payé durant la communauté, mais pareillement de toutes les choſes qui, quoique mobiliaires, ſont provenues de ſes propres, ſans en être des fruits, & qui leur ont été ſubſtituées; & généralement de toutes les choſes que nous avons vu *ſuprà*, *Part.* 1, *ch.* 1, *ſect.* 1, *art.* 1, §. 3, devoir être, quoique mobiliaires, excluſes de la communauté, & n'y entrer qu'à la charge de la repriſe.

607. On peut auſſi établir pour principe général, que chacun des conjoints eſt, lors de la diſſolution de la communauté, créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté à ſes dépens, pendant qu'elle a duré.

En voici un exemple: ſuppoſons trois héritages contigus; celui du haut eſt un héritage qui m'eſt propre de communauté; celui du milieu, appartient à un voiſin; celui du bas, eſt un conquêt de ma communauté: pendant la communauté, j'ai eu une convention avec le voiſin, par laquelle j'ai affranchi ſon héritage, d'un droit de ſervitude qu'il devoit à mon héritage propre de communauté; en récompenſe de quoi, le voiſin a de ſon côté affranchi l'héritage conquêt de communauté, d'une ſervitude qu'il devoit à ſon héritage. Par cette convention, j'ai enrichi la communauté,

en méliorant un conquêt de la communauté, par l'affranchiſſement d'un droit de ſervitude dont il étoit chargé; & c'eſt à mes dépens que j'ai procuré cet avantage à la communauté, puiſque c'eſt par la remiſe que j'ai faite d'un droit de ſervitude qui appartenoit à mon héritage, en quoi j'ai diminué les droits & le prix de mon héritage propre: je dois donc en ce cas, lors de la diſſolution de la communauté, être créancier de la communauté, de ce dont je l'ai enrichie par cette convention, c'eſt-à-dire, de la ſomme à laquelle on eſtimera valoir l'affranchiſſement de la ſervitude dont le conquêt étoit chargé, néanmoins juſqu'à concurrence ſeulement de celle à laquelle on eſtimera le droit de ſervitude dû à mon héritage dont j'ai fait remiſe.

608. Voici une autre eſpece: un de mes parens en ligne collatérale m'a fait un legs; il eſt mort pendant ma communauté, & ſa ſucceſſion m'a été déférée pour partie: quoique la portion que j'euſſe pu prétendre dans ſa ſucceſſion, eût été plus conſidérable que le legs qu'il m'a fait, néanmoins dans la vue, à ce qui paroît, d'avantager ma communauté, dans laquelle le legs devoit entrer, & dans laquelle ne ſeroient pas entrés les immeubles que j'euſſe eu pour ma portion héréditaire, j'ai renoncé à la ſucceſſion, & j'ai choiſi le legs: on demande, ſi je dois être cenſé en ce cas avoir enrichi la communauté à mes dépens, & ſi je dois en conſéquence avoir la repriſe des choſes léguées que j'ai fait entrer dans la communauté à mes dépens, ayant été obligé de renoncer, pour cet effet, à la portion que j'avois droit de prétendre dans la ſucceſſion? Lebrun décide pour l'affirmative: il ſe fonde ſur ce que, ſi on n'accordoit pas la repriſe dans cette eſpece & dans les eſpeces ſemblables, ce ſeroit laiſſer aux conjoints le pouvoir de ſe faire pendant le mariage, des avantages indirects, prohibés par les Coutumes. Je penſe que l'opinion de Lebrun ne doit pas être ſuivie dans la pratique. Dans cette eſpece & dans les autres eſpeces ſemblables, celui des conjoints qui a le choix de deux qualités, *putà* de celle de légataire ou de celle d'héritier, & qui choiſit l'une des deux, ne fait qu'uſer du droit qu'il a de choiſir celle qui lui convient le mieux; ſes héritiers ne doivent pas être recevables à ſoutenir que la qualité de légataire qu'il a choiſie, étoit en elle-même moins avantageuſe que celle d'héritier, & qu'il ne la choiſie que dans la vue d'avantager la communauté, & en avantageant la communauté, d'avantager l'autre conjoint. Ce ſeroit entrer dans une diſcuſſion qui donneroit lieu à des procès, qu'on doit toujours éviter dans la Pratique. D'ailleurs, quand il ſeroit bien établi que le legs qu'il a choiſi, eſt de moindre valeur que la portion héréditaire, à laquelle il a renoncé, il ne s'enſuivroit pas qu'il eût choiſi le legs dans la vue d'avantager ſa communauté; il peut avoir eu d'autres vues, pour préférer le legs à une portion héréditaire, *putà*, pour ne pas s'expoſer à des dettes inconnues qui pourroient ſurvenir, & à des garanties de partage.

## ARTICLE III.

### *Différence entre l'homme & la femme par rappport à leurs créances contre la communauté.*

609. *Premiere différence.* Le mari n'eſt créancier de la communauté, que de ce qu'il y a fait entrer : s'il a vendu quelqu'un de ſes propres durant la communauté, & que par ſa négligence à pourſuivre l'acheteur qui eſt devenu inſolvable, il n'a été payé que d'une partie du prix, il n'eſt créancier de la communauté, que de la partie du prix qu'il a reçu durant la communauté. S'il a laiſſé preſcrire de ſes rentes propres, faute de faire paſſer reconnoiſſance aux débiteurs, il ne peut prétendre aucune indemnité de cette perte contre la communauté : au contraire la femme eſt créanciere de la communauté pour la repriſe de ſes dettes actives ſtipulées propres, & pour le prix de ſes propres vendus durant la communauté, quoique le mari ne s'en ſoit pas fait payer, ſi c'eſt par ſa faute, & par ſa négligence qu'il ne l'a pas été. La raiſon eſt, que le mari étant durant le mariage adminiſtrateur des biens propres de ſa femme, il eſt en cette qualité tenu envers elle de la négligence qu'il a commiſe dans le recouvrement qu'il étoit obligé d'en faire, & il charge ſa communauté de cette dette qu'il contracte envers ſa femme.

Par la même raiſon, s'il a laiſſé perdre, ſoit par la preſcription, ſoit en manquant de s'oppoſer à un décret, quelques rentes ou autres droits propres de ſa femme, il eſt tenu envers elle des dommages & intérêts qu'elle ſouffre de cette perte ; & comme c'eſt durant la communauté qu'il contracte cette dette, il en charge ſa communauté, & la femme eſt par conſéquent créanciere de la communauté pour raiſon deſdits dommages & intérêts.

610. *Seconde différence.* Le mari ne peut, pour les créances qu'il a contre la communauté, ſe venger que ſur ce qui reſte des biens de la communauté, après que la femme a prélevé ſur leſdits biens, ce qui lui eſt dû par la communauté. La femme, quoiqu'elle ait accepté la communauté, n'eſt tenue de ſa part de ce qui eſt dû à ſon mari par la communauté, de même que de toutes les autres dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle amende de la communauté. Au contraire la femme, pour les créances qu'elle a contre la communauté, à défaut des biens de la communauté, a droit de ſe venger ſur les biens propres de ſon mari, & elle a hypotheque ſur leſdits biens, du jour de ſon contrat de mariage ; ou s'il n'y en a pas eu, du jour de la célébration du mariage.

611. L'hypotheque du jour du contrat de mariage, ne ſouffre pas de difficulté à l'égard de la repriſe des deniers réaliſés, ni à l'égard de la repriſe des propres de la femme aliénés durant le mariage, lorſque l'aliénation a été néceſſaire ; mais lorſque l'aliénation a été volontaire, l'hypotheque qu'on fait remonter en ce cas, au jour du contrat de mariage, ſouffre les mêmes difficultés que celle qui eſt accordée à la femme pour

ſon indemnité des dettes de la communauté, auxquelles elle s'eſt obligée. Nous les avons diſcutées *infrà*, *Part.* 5, & nous y renvoyons.

La Juriſprudence a paſſé par-deſſus ces difficultés; & il n'eſt pas douteux aujourd'hui que la femme a hypotheque du jour de ſon contrat de mariage pour la repriſe de ſes propres aliénés, ſoit que l'aliénation ait été néceſſaire, ſoit qu'elle ait été volontaire.

## SECTION II.

### *Des différentes dettes dont chacun des conjoints peut être tenu envers la communauté lors de la diſſolution.*

612. Les dettes dont chacun des conjoints ou ſes héritiers peuvent ſe trouver débiteurs envers la communauté lors de ſa diſſolution, ſont;

1°. Ce qui reſte dû de la ſomme que le conjoint a promis d'apporter à la communauté. Voyez ſur cette eſpece de dette, ce que nous avons dit *ſuprà*, *part.* 1, *ch.* 3, *art.* 2.

2°. Les récompenſes qui peuvent être dues par chacun des conjoints à la communauté, pour ce qu'il en a tiré pendant la communauté pour ſes affaires particulieres.

Nous établirons dans un premier article, des principes généraux ſur ces récompenſes: nous en parcourrons les différens cas dans les articles ſuivans.

### ARTICLE PREMIER.

#### *Principes généraux ſur les récompenſes dues à la communauté.*

613. *Premier principe.* Toutes les fois que l'un ou l'autre des conjoints s'eſt enrichi aux dépens de la communauté, il lui en doit récompenſe.

*Second principe.* La récompenſe n'eſt pas toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté pour l'affaire particuliere de l'un des conjoints; elle n'eſt due que juſqu'à concurrence de ce qu'il a profité.

*Troiſieme principe.* La récompenſe n'excede pas ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le conjoint a retiré.

Nous aurons occaſion de faire l'application de ces principes, en parcourant les différens cas de ces récompenſes.

### ARTICLE II.

#### *De la récompenſe due à la communauté pour l'acquittement des dettes propres de l'un des conjoints.*

614. Lorſque l'un des conjoints a durant la communauté, acquité des deniers de la communauté, une dette qui lui étoit propre, il en doit récompenſe à la communauté.

Cette récompenſe eſt fondée ſur le premier principe, qu'un conjoint

doit récompenſe, toutes-les-fois qu'il s'enrichit aux dépens de la communauté ; car ce conjoint s'enrichit en acquittant ſa dette propre, & il s'enrichit aux dépens de la commuuauté qui lui a fourni les deniers pour l'acquitter.

615. Lorſque cette dette étoit la dette d'une ſomme d'argent dont il étoit ſeul tenu, en vertu d'une convention de ſéparation de dettes, il doit récompenſe de la ſomme qu'il a payée ; mais lorſque la dette qu'il a acquittée des deniers de la communauté, étoit une rente dont il étoit débiteur, il ne peut pas demander préciſément la ſomme qu'il a tirée de la communauté pour la racheter ; il n'eſt débiteur envers la communauté que de la continuation d'une rente, telle que celle dont il s'eſt acquitté envers ſon créancier.

Cela eſt conforme à notre ſecond principe ſur la matiere des récompenſes, qui eſt, que la récompenſe n'eſt due, que de ce que le conjoint a profité aux dépens de la communauté ; le conjoint dans cette eſpece, n'ayant été libéré aux dépens de la communauté que d'une rente, ne doit donc, ſuivant ce principe, être débiteur envers la communauté, que de la continuation d'une pareille rente.

C'eſt la diſpoſition des articles 244 & 245 de la Coutume de Paris : » quand aucune rente due par l'un des conjoints par mariage, ou ſur » ſes héritages paravant leur mariage, eſt rachétée par leſdits deux con» joints, ou l'un d'eux conſtant ledit mariage, tel rachat eſt réputé » conquêt, *art.* 244.

» Et eſt tenu l'héritier ( du conjoint débiteur de la rente ) ou dé» tenteur de l'héritage ſujet à la rente, continuer la moitié de ladite » rente ( à l'autre conjoint ), & payer les arrérages du jour du décès » juſqu'à l'entier rachat ; » *art.* 245.

L'article ſuppoſe le cas de l'acceptation de la communauté ; en ce cas, l'héritier du conjoint, débiteur de la rente, étant propriétaire pour moitié des biens de la communauté, confond ſur lui la moitié de cette rente dont il eſt débiteur envers la communauté, & il n'eſt tenu de la continuer à l'autre conjoint, que pour la moitié qu'a l'autre conjoint dans les biens de la communauté.

Mais ſi l'héritier de la femme, débitrice de la rente, renonçoit à la communauté, n'ayant rien dans les biens de la communauté au moyen de cette renonciation, & le mari en demeurant ſeul propriétaire, il ſeroit tenu de continuer la rente pour le total au mari.

Si c'étoit une rente due par le mari, qui eût été rachetée des deniers de la communauté, il n'y auroit lieu à la diſpoſition de ces articles, que dans le cas d'acceptation de la communauté par la femme ou ſes héritiers ; en cas de renonciation, il ſe feroit une entiere confuſion & extinction de la rente.

616. Il y a deux opinions ſur l'interprétation de ces termes de l'article 244, *tel rachat eſt réputé conquêt.*

La premiere eſt de ceux qui les interpretent en ce ſens, *tel rachat*, c'eſt-à-dire, la rente ainſi rachetée des deniers de la communauté, eſt

cenſée la même rente en nature, qui n'a fait que changer de créancier, & eſt devenue un conquêt de la communauté, pour le compte de laquelle elle eſt cenſée avoir été acquiſe du créancier, à qui elle étoit due. Lebrun, *liv.* 3, *ch.* 2, *ſect.* 1, *diſt.* 5, ſuit cette opinion, & il tire argument de ces termes de l'article 245, *& eſt tenu l'héritier . . . . . continuer la moitié de ladite rente.*

Ces termes, *de ladite rente*, diſent aſſez formellement, que c'eſt de la même rente qui a été rachetée des deniers de la communauté, que le conjoint qui l'a rachetée, continue d'être débiteur envers la communauté, à la place de celui qui en étoit le créancier. Si la Coutume eût entendu que le conjoint qui a racheté des deniers de la communauté la rente qu'il devoit avant ſon mariage, fût tenu de continuer, non pas préciſément la même rente, mais une rente qu'il ſeroit cenſé avoir conſtituée envers la communauté pour le prix de la ſomme qu'il en a tirée pour faire le rachat de la rente, la Coutume n'auroit pas dit qu'il eſt tenu de continuer la moitié *de ladite rente* à l'autre conjoint; mais elle auroit dit qu'il eſt tenu de lui continuer la moitié *de pareille rente.*

On peut encore tirer argument pour cette opinion, de ce qui eſt dit en l'article 245, *& eſt tenu l'héritier* ou *détenteur de l'héritage ſujet à la rente, continuer, &c.* La Coutume, en décidant par cet article, que lorſque la rente que le conjoint a rachetée des deniers de la communauté, étoit une rente fonciere, dont ſon héritage propre étoit chargé, c'eſt le détenteur de cet héritage, celui qui ſuccede à cet héritage, qui en eſt le principal débiteur, & qui la doit continuer; elle décide manifeſtement que c'eſt la même rente fonciere qui ſubſiſte au profit de la communauté: car ſi la rente, dont la continuation eſt due, étoit une nouvelle rente que le conjoint fût cenſé avoir conſtituée à la communauté pour le prix des deniers qu'elle lui a fournis pour le rachat, ce ſeroit une rente perſonnelle, qui ſeroit due par tous les héritiers de ce conjoint, & non pas préciſément par le détenteur de l'héritage qui étoit chargé de celle qui a été rachetée.

617. La ſeconde opinion eſt de ceux qui penſent que la rente dont le conjoint devient débiteur envers la communauté, n'eſt pas la même rente en nature qu'il a rachetée des deniers de la communauté, mais une nouvelle rente que ce conjoint eſt cenſé, *poteſtate juris*, avoir conſtituée au profit de la communauté, pour le prix de la ſomme qu'il en a tirée pour racheter & éteindre l'ancienne; laquelle conſtitution eſt faite avec ſubrogation aux privileges & hypotheques de l'ancienne: ils interpretent en conſéquence ces termes; *tel rachat eſt reputé conquêt*, en ce ſens: *tel rachat eſt réputé* renfermer *un conquêt*, c'eſt-à-dire, une acquiſition faite au profit de la communauté, d'une pareille rente contre le conjoint qui a racheté des deniers de la communauté, celle dont il étoit débiteur.

Pour cette ſeconde opinion, on dit que la principale intention du conjoint, qui durant la communauté rachete des deniers de la communauté une rente dont il eſt débiteur, eſt d'éteindre la rente, & non de l'acquérir au profit & pour le compte de la communauté. Pareillement l'intention du créancier, à qui eſt fait le rachat, n'eſt autre que de recevoir

ce

ce rachat & non de la vendre ; ce n'eſt donc plus la même rente qui ſubſiſte, puiſqu'elle a été éteinte par le conſentement mutuel du débiteur qui l'a rachetée, & du créancier qui en a reçu le rachat ; c'eſt une nouvelle rente que le conjoint qui étoit débiteur de l'ancienne, conſtitue au profit de la communauté pour le prix des deniers qu'elle a fourni pour racheter l'ancienne ; laquelle nouvelle rente eſt ſemblable à celle qui ſeroit conſtituée à un tiers qui fourniroit les deniers.

618. On réplique en faveur de la premiere opinion, qu'en accordant que dans la vérité, la rente a été éteinte, la loi a pu par une fiction de Droit la faire revivre, & la faire regarder comme encore ſubſiſtante au profit de la communauté ; & c'eſt ce que la Coutume de Paris a voulu faire, ſuivant qu'il paroît par les termes dont elle s'eſt ſervie, comme on l'a fait voir ci-deſſus.

Quoique la ſeconde opinion préſente quelque choſe de plauſible, il faut convenir que la premiere paroît plus conforme à la lettre du texte.

619. Du choix que l'on fera de l'une ou de l'autre de ces deux opinions, dépend la déciſion des différentes queſtions qu'on fait ſur cette matiere.

L'un des conjoints devoit avant ſon mariage une rente au denier dix-huit ; ce taux étant celui qui étoit le taux légitime lorſqu'elle a été conſtituée, il l'a rachetée aujourd'hui des deniers de la communauté ; la rente continuera-t-elle au profit de la communauté ſur le pied du denier dix-huit, ou ne continuera-t-elle que ſur le pied du denier vingt-cinq, qui eſt le temps auquel le rachat a été fait des deniers de la communauté ? Si, ſuivant la premiere opinion, la rente que le conjoint doit continuer à la communauté eſt, préciſément la même rente qui a été rachetée des deniers de la communauté, il faut dire qu'elle continue au même taux du denier dix-huit. Lebrun cite d'après Ricard, un Arrêt du 7 Septembre 1662, qui a jugé conformément à cette opinion, que la rente continuoit au taux de ſa conſtitution, quoique le taux fût plus foible au temps du rachat. Au contraire, ſuivant la ſeconde opinion, on doit décider que la rente étant une nouvelle rente, qui eſt cenſée conſtituée au profit de la communauté, pour le prix des deniers qu'elle a fourni pour le rachat de l'ancienne, elle n'eſt due qu'au denier vingt-cinq, qui eſt celui qui étoit le taux légitime, lorſque la communauté a fourni la ſomme de deniers pour laquelle la rente eſt cenſée avoir été conſtituée.

620. Dans le cas inverſe, lorſque la rente due par l'un des conjoints au denier cinquante avant ſon mariage, a été rachetée des deniers de la communauté, la rente continuera-t-elle au taux du denier cinquante, ou au taux du denier vingt-cinq, qui étoit le taux des rentes au temps du rachat ? Il faut décider dans l'une & dans l'autre opinion, que la rente continuera au denier cinquante. Cela eſt conforme à notre ſecond principe ſur la matiere des récompenſes, qui eſt que la récompenſe n'eſt due que juſqu'à concurrence de ce que le conjoint a profité aux dépens de la communauté : le conjoint n'ayant donc profité que de la libération d'une rente au denier cinquante, il ne la doit continuer qu'au denier cinquante.

621. Lorſque l'un des conjoints a racheté des deniers de la communauté une rente fonciere due ſur ſon héritage propre, l'autre conjoint a-t-il, pour la moitié qui lui en doit être continuée, les mêmes droits & prérogatives qui ſont propres aux ſeigneurs de rente fonciere? Suivant la premiere opinion, il faut dire qu'il les a; dans la ſeconde, il faut décider le contraire. La rente qui continue pour moitié envers l'autre conjoint, n'étant, ſuivant cette opinion, qu'une rente conſtituée à prix d'argent envers la communauté, pour la ſomme qu'elle a fournie pour racheter l'ancienne, le conjoint à qui on la continue, n'eſt point un créancier de rente fonciere, & ne peut avoir par conſéquent les droits de gage, de ſuite, de préférence ſur les fruits de l'héritage qui étoit ſujet à la rente fonciere qui a été rachetée, ni ſur les meubles ſervant à ſon exploitation, ces droits étant des droits qui n'appartiennent qu'aux ſeigneurs de rentes foncieres.

La rente fonciere due ſur l'héritage propre de l'un des conjoints, qui a été rachetée des deniers de la communauté, étant une rente dont il pouvoit ſe libérer par le déguerpiſſement de l'héritage qui y étoit ſujet, ce conjoint pourra-t-il pareillement par ce déguerpiſſement, ſe libérer de celle dont il eſt devenu débiteur à la place envers la communauté? Il n'eſt pas douteux qu'il le peut, ſuivant la premiere opinion, puiſque dans cette opinion, c'eſt préciſément la même rente qui eſt cenſée continuer. Ne pourroit-on pas même dans la ſeconde opinion, tenter de dire qu'il le peut, en faiſant uſage du ſecond principe ſur la matiere des récompenſes, & en diſant, que ſuivant ce ſecond principe, le conjoint ne devant pas être tenu envers la communauté, a plus qu'il n'a profité, ayant été libéré d'une rente dont il avoit la faculté de ſe décharger par le déguerpiſſement de l'héritage, il devoit avoir la même faculté à l'égard de celle qu'il continuoit à la place à la communauté. Néanmoins je penſe que ſuivant la ſeconde opinion, il ne peut y avoir lieu en ce cas au déguerpiſſement: la faculté de déguerpiſſement venoit de la nature de la rente qui a été rachetée, & de ce qu'elle étoit due par l'héritage plutôt que par la perſonne. Au contraire, celle dont le conjoint eſt débiteur en ſa place envers la communauté, eſt, ſuivant la ſeconde opinion, une rente due par la perſonne du conjoint, contre la nature de laquelle il eſt, que le conjoint qui en eſt le débiteur perſonnel, puiſſe s'en décharger par le déguerpiſſement d'un héritage qui n'y eſt qu'hypothéqué. Au reſte, ſi le conjoint n'a pas, à l'égard de la nouvelle rente, la faculté du déguerpiſſement, il a à la place la faculté de la racheter à toujours par le rembourſement de la ſomme tirée de la communauté, pour laquelle il eſt cenſé l'avoir conſtituée.

622. Lorſque la rente que l'un des conjoints a rachetée des deniers de la communauté étoit une rente fonciere, dont ſon héritage propre étoit chargé, au rachat de laquelle le créancier a bien voulu conſentir, quoique de ſa nature elle ne fût pas rachetable, le conjoint qui l'a rachetée, & qui la doit continuer à l'autre conjoint pour la part que l'autre conjoint a dans la communauté, a-t-il la faculté de la racheter, en rendant à l'autre conjoint pour ſadite part, la ſomme tirée de la communauté pour le rachat? Cela n'eſt pas douteux dans la ſeconde opinion; mais même en ſuivant la premiere, je

penſe qu'on doit décider qu'il a cette faculté : la Coutume la lui accorde aſſez clairement, auſſi-bien qu'à ſes ſucceſſeurs, puiſqu'elle dit en l'article 245, que *le détenteur de l'héritage ſujet à la rente*, (ce qui ne peut s'entendre que d'une rente fonciere,) eſt tenu la continuer *juſqu'à l'entier rachat*. La Coutume accorde donc en ce cas la faculté du rachat.

Cette faculté ſera-t-elle ſujette à s'éteindre par la preſcription de trente ans ? Je ne le crois pas : il n'y a que les droits & les facultés qui naiſſent des conventions qui ſoient ſujets à cette preſcription : le conjoint & ſes ſucceſſeurs tenant de la Coutume la faculté de racheter la rente, cette faculté eſt impreſcriptible, comme l'eſt la faculté que la Loi accorde, de racheter les rentes créées ſur les maiſons des villes.

623. L'un des conjoints, durant la communauté, a racheté des deniers de ladite communauté une rente fonciere, dont étoit chargé un héritage de ſon ancien patrimoine ; ſi ce conjoint laiſſe en mourant différens héritiers, les uns aux meubles & acquêts, les autres aux propres, qui ſont ceux qui ſont tenus de la continuation de la rente envers l'autre conjoint ? Sont-ce tous ſes héritiers, ou eſt-ce ſeulement l'héritier aux propres qui a ſuccédé à l'héritage qui étoit chargé de la rente ?

Suivant la ſeconde opinion, il faudroit dire que la rente qui doit être continuée à l'autre conjoint pour la part qu'il a dans la communauté, étant une nouvelle rente, que le conjoint qui a racheté des deniers de la communauté la rente fonciere dont ſon héritage étoit chargé, a conſtitué à la place à la communauté, & dont il s'eſt rendu débiteur perſonnel envers elle, tous ſes héritiers qui ſuccedent tous à ſes obligations perſonnelles, en devroient être tenus, chacun pour la part dont il eſt héritier. Néanmoins la Coutume décide en l'article 245, que c'eſt *le détenteur de l'héritage ſujet à la rente*, qui la doit continuer ; ce qui, comme nous l'avons remarqué, paroît déciſif pour la premiere opinion.

624. La continuation qui doit être faite à la communauté de la rente due par l'un des conjoints, rachetée des deniers de la communauté, empêche-t-elle, ſuivant la premiere opinion, l'extinction des hypotheques que les créanciers de celui à qui la rente appartenoit, & à qui le conjoint l'a rachetée, avoient ſur cette rente ? La raiſon de douter eſt que, ſuivant cette premiere opinion, la rente qui continue au profit de la communauté, eſt cenſée être préciſément la même que celle rachetée des deniers de la communauté, & n'avoir fait que changer de créancier par le rachat, de même que ſi celui à qui elle appartenoit en eût fait un tranſport. Mais ſi c'eſt la même rente qui ſubſiſte ; ſi par le rachat elle n'a point été éteinte, les hypotheques qui y ſont attachées n'ont pas auſſi été éteintes. Néanmoins il faut décider, même dans cette premiere opinion, que les hypotheques ont été éteintes par le rachat : la raiſon eſt, que ce n'eſt que par fiction que la rente qui eſt continuée au profit de la communauté, eſt cenſée être la même qui a été rachetée des deniers de la communauté. Dans la vérité, la rente qui a été rachetée des deniers de la communauté, a été éteinte par le rachat ; le conjoint qui l'a rachetée, & le créancier à qui elle a été rachetée, ayant eu l'un & l'autre l'intention de l'éteindre, l'extinction de cette rente a entraîné celle des hypotheques qui y

étoient attachées. Si par une fiction introduite en faveur de l'autre conjoint, cette rente rachetée des deniers de la communauté, eſt toujours continuée & regardée comme ſubſiſtante, ce n'eſt qu'à ſon égard qu'on doit la conſidérer ainſi, les fictions ne devant avoir d'effet qu'à l'égard des perſonnes en faveur de qui elles ſont faites. Cette fiction ne doit donc avoir aucun effet à l'égard des créanciers hypothécaires, n'ayant pas été faite pour eux; & elle ne doit pas empêcher l'extinction de leurs hypotheques, qui s'eſt faite par le rachat de la rente.

625. Tout ce qui a été dit juſqu'à préſent ſur la premiere opinion, & ſur toutes les conſéquences qui en ont été tirées, étant fondé ſur la lettre du texte des articles 244 & 245 de la Coutume de Paris, n'a d'application qu'à cette Coutume. Dans les autres Coutumes, la ſeconde opinion ne ſouffre pas de difficulté : lorſque l'un des conjoints a racheté des deniers de la communauté une rente qu'il devoit ſeul, celle qu'il doit continuer à la place à l'autre conjoint, pour la part qu'a l'autre conjoint dans la communauté, eſt regardée comme une nouvelle rente qu'il a conſtituée envers la communauté pour le prix qu'il en a tiré pour le rachat. Lebrun en convient au lieu cité ci-deſſus.

626. Lorſque la rente due par l'un des conjoints, qui a été rachetée des deniers de la communauté durant la communauté, étoit une rente viagere; ſi la perſonne, ſur la tête de qui étoit créée cette rente, eſt morte durant la communauté, il eſt évident qu'il n'eſt dû en ce cas aucune récompenſe à la communauté par le conjoint qui en étoit le débiteur; car la communauté étant tenue d'acquitter les arrérages des rentes, tant viageres que perpétuelles, dues par chacun des conjoints, courus pendant tout le temps qu'elle dure; & dans cette eſpece, la perſonne, ſur la tête de qui la rente viagere a été conſtituée, étant morte durant la communauté, c'eſt la communauté ſeule qui a profité du rachat qui a été fait de cette rente; puiſqu'elle auroit été chargée de tous les arrérages qui auroient courus de cette rente juſqu'à ſon extinction, ſi elle n'eût pas été rachetée.

Si la diſſolution de communauté eſt arrivée du vivant de la perſonne ſur la tête de qui la rente eſt conſtituée, le conjoint qui en étoit le débiteur, profite en ce cas, aux dépens de la communauté, du rachat qui en a été fait des deniers de la communauté, de la libération de cette rente, qu'il eût été obligé d'acquitter depuis la diſſolution de communauté, juſqu'à la mort de cette perſonne, ſi la rente n'eût pas été rachetée. Il doit donc récompenſe à la communauté, & cette récompenſe doit conſiſter dans la continuation qu'il doit faire de cette rente à l'autre conjoint, pour la part qu'a l'autre conjoint dans les biens de la communauté, pendant le temps qu'eût duré cette rente, ſi elle n'eût pas été rachetée; c'eſt-à-dire, pendant le temps de la vie de la perſonne ſur la tête de qui elle étoit conſtituée; ſi mieux n'aime le conjoint qui étoit débiteur de la rente, rembourſer à l'autre conjoint, pour la part qu'il a dans la communauté, la ſomme tirée de la communauté pour le rachat, ſous la déduction de ce que la communauté a profité elle-même du rachat, c'eſt-à-dire, de ce dont les arrérages de la rente viagere euſſent excédé les intérêts de la ſomme pour laquelle elle a été rachetée, pendant tout le temps couru depuis le rachat de la rente, juſqu'à la diſſolution de la communauté.

## Article III.

### *Des récompenſes dues à la communauté pour les ſommes qui en ont été tirées pour les héritages propres de l'un des conjoints.*

627. Chacun des conjoints doit récompenſe à la communauté de ce qu'il en a tiré, pour ſes héritages propres.

1°. Lorſque l'un des conjoints durant la communauté, aux dépens de la communauté, eſt devenu propriétaire d'un héritage qui lui eſt propre, il doit récompenſe à la communauté de ce qu'il en a tiré pour le devenir.

*Premier exemple.* Lorſque l'un des conjoints a exercé durant la communauté le retrait lignager d'un héritage de ſa famille, cet héritage lui eſt propre, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 166 : ce conjoint doit récompenſe à la communauté de la ſomme qu'il en a tirée pour exercer le retrait ; ce qui comprend tout ce qu'il a payé des deniers de la communauté à l'acquéreur ſur qui il a exercé le retrait, pour le rembourſer du prix de l'acquiſition, & des loyaux-coûts & miſes.

*Second exemple.* Si le pere de l'un des conjoints qui avoit promis à l'un des conjoints, en le mariant, une certaine ſomme en dot, lui a donné à la place un héritage durant la communauté, cet héritage lui eſt propre ; mais comme il en devient propriétaire aux dépens de la communauté, dans laquelle étoit entrée la créance de la ſomme promiſe en dot, il doit à la communauté récompenſe de la ſomme promiſe en dot.

Il en ſeroit autrement, ſi le pere avoit promis en dot à ce conjoint, en le mariant, cette ſomme, ou l'héritage, ſous une alternative, ſoit qu'il s'en fût réſervé le choix, ſoit qu'il l'eût laiſſé au conjoint : le choix ayant été fait de l'héritage durant la communauté, cet héritage eſt propre, ſans que le conjoint doive pour cela aucune récompenſe à la communauté ; car la qualité de la créance de la dot étoit en ſuſpens, & dépendoit du choix qui ſeroit fait : le choix ayant été fait de l'héritage, la créance de la dot eſt cenſée avoir été toujours immobiliaire, (ſuivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 254,) & n'avoir par conſéquent jamais appartenu à la communauté.

*Troiſieme exemple.* On a donné, durant la communauté, à l'un des conjoints un héritage, à la charge de payer une certaine ſomme à un tiers : ſi le donateur étoit le pere, ou la mere, ou un autre parent de la ligne directe aſcendante du conjoint ; ou ſans cela, ſi la donation avoit été faite expreſſément pour lui être propre, l'héritage eſt un propre de ce conjoint ; mais il doit récompenſe à la communauté de la ſomme qu'il en a tirée pour en acquitter la charge ſous laquelle la donation lui a été faite.

Si la donation avoit été faite à la charge de payer une rente à un tiers, le conjoint ne devroit aucune récompenſe à la communauté de tous les arrérages qui en ont couru pendant qu'elle a duré ; car les arrérages des rentes dues par les conjoints, ſont des charges de leurs revenus, qui les diminuent de plein droit, & par conſéquent ſont à la charge de la communauté à qui appartiennent leſdits revenus.

*Quatrieme exemple.* L'un des conjoints eſt devenu, durant la communauté, propriétaire d'un héritage, en vertu d'un droit qu'il avoit dès avant ſon mariage, *putà* en vertu d'un droit de retrait conventionnel ouvert à ſon profit dès avant ſon mariage; cet héritage lui eſt propre, mais il doit récompenſe à la communauté des ſommes qu'il en a tirées, pour en devenir propriétaire.

628. 2°. Par la même raiſon, lorſque l'un des conjoints rentre durant la communauté dans un héritage, que lui ou ſes auteurs avoient aliéné avant le mariage, il doit récompenſe à la communauté des ſommes qu'il a tirées pour y rentrer: comme lorſqu'il eſt rentré dans un héritage ſur une action de réméré, ou ſur une action reſciſoire, il doit récompenſe à la communauté des ſommes qu'il en a tirées, pour rembourſer ceux ſur qui il a exercé ces actions.

Il y a pareillement lieu à la récompenſe dans l'eſpece ſuivante. L'un des conjoints a vendu, avant ſon mariage, un héritage ſans en recevoir le prix: il s'eſt marié enſuite, & a contracté, en ſe mariant, une communauté à l'ordinaire, dans laquelle eſt entrée ſa créance pour le prix de cet héritage, ainſi que le reſte de ſon mobilier. Depuis, durant la communauté, il eſt rentré dans cet héritage par une convention qu'il a eue avec l'acheteur, à qui il a fait remiſe du prix qui en étoit dû, il doit récompenſe à la communauté du prix dont il a fait remiſe à l'acheteur, pour rentrer dans l'héritage; autrement il profiteroit de cet héritage qui lui eſt propre, aux dépens de la communauté, à qui appartenoit la créance du prix dont il a fait remiſe, pour rentrer dans ledit héritage.

629. 3°. Lorſque par un partage d'immeubles, fait durant la communauté par l'un des conjoints avec ſes cohéritiers, ou avec ſes copropriétaires d'héritages qu'il avoit en communauté avec eux dès avant ſon mariage, le lot échu audit conjoint a été chargé d'un retour qu'il a acquitté des deniers de la communauté, il doit récompenſe à la communauté de la ſomme qu'il en a tirée pour acquitter ce retour.

Par la même raiſon, ſi au-lieu de partager les immeubles avec ſeſdits cohéritiers ou copropriétaires, il s'en eſt rendu adjudicataire par licitation, les héritages dont il s'eſt rendu adjudicataire lui étant propres pour le total, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 145, il doit récompenſe à la communauté des ſommes qu'il en a tirées pour payer à ſes colicitans leurs parts dans le prix de la licitation.

630. Par la même raiſon, ſi l'un des conjoints au partage de la ſucceſſion de ſes pere & mere, qui s'eſt fait depuis ſon mariage, a fait un rapport effectif d'une certaine ſomme d'argent, qui lui avoit été donnée avant ſon mariage, & n'a eu par le partage dans ſon lot que des immeubles, il doit à la communauté récompenſe de cette ſomme qu'il en a tirée pour faire ce rapport.

S'il étoit échu dans ſon lot du mobilier, il ne devroit récompenſe à la communauté de la ſomme qu'il en a tirée, que ſous la déduction de ce mobilier qui y eſt entré à la place.

Si la ſomme dont le conjoint a fait le rapport, lui avoit été donnée durant la communauté, n'ayant pu en ce cas la faire entrer dans la communauté, que ſous la même charge du rapport ſous laquelle il l'avoit reçue, la com-

munauté en ce cas eſt tenue du rapport, & il n'y a lieu à aucune récompenſe.

631. Si l'un des conjoints, par le partage qu'il a fait durant la communauté avec ſon cohéritier des biens d'une ſucceſſion qui étoit compoſée de meubles & d'immeubles, a eu dans ſon lot plus d'immeubles à proportion que de meubles, doit-il récompenſe à la communauté de ce qu'il a eu de moins en meubles pour avoir plus d'immeubles ?

Par exemple, ſi la maſſe des immeubles étoit de vingt mille livres, & la maſſe mobiliaire de dix mille livres, & que le conjoint ait eu pour ſon lot de partage dans cette ſucceſſion, douze mille livres en immeubles, & trois mille livres ſeulement en meubles, devra-t-il récompenſe de la ſomme de deux mille livres à la communauté ? Pour l'affirmative on dira, que la part du conjoint dans la maſſe immobiliaire, ne montant avant le partage qu'à dix mille livres, & ſa part dans le mobilier montant avant le partage à cinq mille livres, ce conjoint profite, par le partage, de deux mille livres en immeubles, aux dépens de ſa part dans la maſſe mobiliaire, dans laquelle il a pareille ſomme de deux mille livres de moins ; & par conſéquent aux dépens de ſa communauté, dans laquelle devoit entrer ſa part dans le mobilier. Néanmoins il faut décider qu'il n'eſt dû dans ce cas aucune récompenſe à la communauté.

La raiſon eſt, qu'un conjoint ne doit récompenſe à la communauté que de ce qu'il en a tiré pour ſes affaires particulieres. Or dans cette eſpece, il ne peut être cenſé en avoir rien tiré ; car les partages ayant dans notre Juriſprudence un effet rétroactif & déclaratif, le conjoint eſt cenſé n'avoir ſuccédé au défunt à d'autres choſes qu'à celles qui lui ſont échues dans ſon lot, auxquelles le partage eſt cenſé avoir déterminé ſa part dans la ſucceſſion, qui étoit auparavant indéterminée : il n'a donc fait entrer dans ſa communauté que les trois mille livres de mobilier échus dans ſon lot ; la communauté eſt cenſée n'en avoir jamais eu davantage ; il n'a donc point ce qu'il a d'immeubles aux dépens de la communauté, & il ne lui doit aucune récompenſe.

632. 4°. Ce que l'un des conjoints a tiré des biens de ſa communauté pour ſe conſerver ſon héritage propre, étant donné pour raiſon de ſon héritage, il en doit pareillement récompenſe à la communauté. On peut apporter pour exemple le cas auquel l'un des conjoints a acheté un héritage avant ſon mariage, pour lequel le vendeur avoit contre lui une action reſciſoire pour cauſe de léſion d'outre moitié du juſte prix : ſi ce conjoint, durant la communauté, a payé des deniers de la communauté au vendeur une certaine ſomme pour le ſupplément du juſte prix, le conjoint ayant tiré cette ſomme de ſa communauté pour ſe conſerver ſon héritage propre, il en doit récompenſé à la communauté.

On peut apporter pour ſecond exemple, le cas auquel l'un des conjoints, pourſuivi durant la communauté en action hypothécaire par un créancier qui avoit une hypotheque ſur l'héritage propre dudit conjoint, auroit acquitté des deniers de la communauté les cauſes de l'hypotheque, pour éviter le délais de ſon héritage propre.

Enfin on peut apporter pour troiſieme exemple, le cas auquel l'un des conjoints, durant la communauté, par une tranſaction ſur une action, de quelque eſpece qu'elle fût donnée contre lui, pour lui faire délaiſſer ſon héritage

propre, auroit donné des deniers de la communauté, une ſomme au demandeur pour le faire déſiſter de ſa demande : le conjoint ayant tiré cette ſomme de la communauté, pour raiſon de ſon héritage propre, & pour ſe le conſerver, il en doit récompenſe à la communauté.

633. 5°. Un conjoint eſt auſſi cenſé avoir tiré de la communauté pour ſon héritage propre, ce qu'il en a tiré pour les impenſes qu'il y a faites, & pour en racheter les charges. C'eſt ce qui va faire la matiere de l'article ſuivant.

## ARTICLE IV.

### *De la récompenſe due à la communauté, pour raiſon des impenſes & méliorations faites ſur les héritages propres de chacun des conjoints.*

634. Il n'eſt pas queſtion ici des impenſes de ſimple entretien ; l'entretien des héritages propres de chacun des conjoints, étant une des charges de la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 271 *& ſuivans*, c'eſt une conſéquence que celles qui ont été faites ſur leſdits héritages durant la communauté, ne peuvent donner lieu à aucune récompenſe.

Nous avons, à l'endroit cité, donné des regles pour diſtinguer quelles ſont les impenſes qui ſont de ſimple entretien, & dont la communauté eſt en conſéquence chargée ; & quelles ſont celles qui ne ſont pas impenſes d'entretien. Nous y renvoyons.

C'eſt de ces impenſes qui ne ſont pas impenſes d'entretien, & qui ont été faites durant la communauté, des deniers de la communauté ſur l'héritage propre de l'un des conjoints, qu'il eſt ici queſtion : ce ſont elles qui donnent lieu à une récompenſe, qui eſt due à la communauté par le conjoint propriétaire de l'héritage, ſur lequel elles ont été faites.

Cette récompenſe eſt fondée ſur le principe que nous avons établi, qu'un conjoint ne peut, durant le mariage, s'avantager, ni avantager l'autre conjoint aux dépens de la communauté.

635. Il faut par rapport à cette récompenſe, diſtinguer trois eſpeces d'impenſes, les néceſſaires, les utiles, & celles qui ſont purement voluptueuſes.

Les impenſes néceſſaires, ſont celles qu'il eſt indiſpenſable de faire, *neceſſariæ ( impenſæ ) dicuntur quæ habent neceſſitatem impendendi ;* L. 1, §. 1, *de imp. in res dot.* Telles ſont la réfection à neuf d'un gros mur de la maiſon propre de l'un des conjoints ; la réfection entiere de la couverture, dont la charpente ne vaut plus rien, *&c.*

Le conjoint, propriétaire de l'héritage ſur lequel l'impenſe néceſſaire a été faite, doit toujours récompenſe à la communauté de la ſomme qu'elle a coûté à la communauté, quand même la choſe pour laquelle l'impenſe a été faite, ne ſubſiſteroit plus, la maiſon ſur laquelle elle a été faite ayant été incendiée par le feu du ciel : la raiſon eſt, que l'impenſe étant ſuppoſée néceſſaire & indiſpenſable ; ſi elle n'eût été faite des deniers de la communauté, le conjoint propriétaire de l'héritage, eût été obligé de la faire de ſes propres deniers, ou de ceux qu'il auroit empruntés d'un tiers : c'eſt pourquoi, quoique

que l'impenſe ne ſubſiſte plus, il profite toujours de toute la ſomme qu'il a tirée de la communauté, en ce qu'elle lui a épargné de tirer une pareille ſomme de ſon propre fonds, ou de l'emprunter d'un tiers : *Hactenùs locupletior eſt, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit.*

La ſomme due pour cette eſpece de récompenſe peut ſe juſtifier par les quittances des marchands & ouvriers, lorſqu'elles ſe trouvent parmi les papiers de la communauté, ou par un journal ſur lequel ſeroit inſcrite la dépenſe. A défaut de ces titres, il faut avoir recours à l'eſtimation par experts, qui doivent eſtimer ce qu'il en a pu coûter à la communauté pour ces ſortes d'impenſes.

636. Les impenſes utiles, ſont celles qu'on pouvoit ſe paſſer de faire ; mais qui augmentent le prix de l'héritage ſur lequel elles ont été faites.

Il y a une grande différence entre la récompenſe qui eſt due pour ces impenſes, lorſqu'elles ont été faites ſur l'héritage propre de l'un des conjoints durant la communauté, & des deniers de la communauté, & celle qui eſt due pour les impenſes néceſſaires. La récompenſe de celle-ci eſt due, comme nous l'avons dit, de tout ce qu'il en a coûté à la communauté, ſoit que la choſe pour laquelle elle a été faite ſubſiſte, ſoit qu'elle ait ceſſé de ſubſiſter: au contraire la récompenſe pour les impenſes utiles n'eſt due qu'autant & juſqu'à concurrence de ce que l'héritage propre de l'un des conjoints ſur lequel elles ont été faites, ſe trouve en être plus précieux au temps de la diſſolution de la communauté, ſuivant l'eſtimation qui en doit être faite par experts.

La raiſon de cette différence eſt ſenſible : le conjoint ſur l'héritage de qui l'impenſe néceſſaire a été faite, profite, en quelque cas que ce ſoit, de tout ce qu'il a tiré du fonds de la communauté pour la faire, en ce que, comme nous l'avons remarqué, en le faiſant du fonds de la communauté, il a épargné d'autant ſon propre fonds, duquel il auroit été obligé de tirer la même ſomme pour faire cette impenſe, ſi elle n'eût pas été faite du fonds de la communauté, puiſqu'il étoit indiſpenſable de la faire.

On ne peut pas dire la même choſe à l'égard des impenſes utiles ; ces impenſes étant des impenſes qu'on pouvoit ſe paſſer de faire, on ne peut pas dire que le conjoint ſur l'héritage de qui elles ont été faites, en les faiſant du fonds de la communauté, a épargné d'autant ſon propre fonds ; car s'il n'eût pas trouvé dans le fonds de la communauté les deniers dont il s'eſt ſervi pour les faire, il auroit pu ne les pas faire, & ne pas entamer ſon propre fonds. Le conjoint ſur l'héritage duquel l'impenſe utile a été faite, ne peut donc être cenſé, au temps de la diſſolution de communauté, en profiter que juſqu'à concurrence de ce que ſon héritage s'en trouve être alors plus précieux ; & par conſéquent ce n'eſt que juſqu'à cette concurrence qu'il doit récompenſe à la communauté des deniers qu'on en a tiré pour la faire : ce que l'impenſe a coûté de plus à la communauté que l'héritage n'en a augmenté de valeur, eſt une perte pour la communauté, & il n'en eſt pas dû de récompenſe.

La raiſon eſt, que le mari étant maître abſolu des biens de la communauté, il peut employer les deniers de la communauté à tout ce que bon

lui semble, pourvu qu'il ne s'en avantage pas, ni sa femme; il a donc pu employer les deniers de la communauté aux impenses qu'il lui a plu de faire sur son héritage propre, sans en devoir aucun compte, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il s'en trouve avantagé; & il n'est avantagé que de ce que son héritage s'en trouve plus précieux. Pareillement, lorsque les impenses ont été faites sur l'héritage de sa femme, elle n'en doit récompense que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en est avantagée; & elle ne l'est que de ce que son héritage s'en trouve plus précieux.

637. Les impenses voluptuaires, sont celles qui ne procurent que de l'agrément, sans augmenter le prix de l'héritage sur lequel elles sont faites; telles sont celles qui se font pour faire des bosquets, des jet-d'eaux; pour peindre un plafond, pour faire des cheminées à la mode, pour des boiseries, des parquets, des glaces, des chambranles, *&c.*

Observez que les impenses pour les mêmes choses, peuvent, selon les différens lieux où elles sont faites, être différemment considérées. Par exemple, les mêmes embellissemens qu'on fait dans les appartemens d'un château à la campagne, & qui y sont considérés comme impenses purement voluptuaires, parce qu'elles n'augmentent ni le revenu ni la valeur de la terre; lorsqu'ils sont faits au contraire dans une maison de Paris, ou de quelque autre grande ville, ils sont considérés comme impenses utiles, parce qu'ils augmentent le revenu de la maison dont on tire un plus gros loyer par rapport à ces embellissemens.

Par la même raison que nous avons ci-dessus décidé qu'il n'étoit dû récompense pour les impenses utiles que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage sur lequel elles ont été faites en est devenu plus précieux, on doit décider qu'il n'est dû aucune récompense pour les impenses purement voluptuaires qui ont été faites durant la communauté des deniers de la communauté sur l'héritage de l'un des conjoints; puisque l'héritage n'en étant pas devenu plus précieux, le conjoint ne se trouve pas avantagé aux dépens de la communauté.

Mais au moins le conjoint sur l'héritage duquel ont été faites les impenses voluptuaires, ne peut refuser la permission d'enlever les choses dans lesquelles ces impenses consistent, & qui peuvent s'enlever sans détérioration, pour les vendre au profit de la communauté, si mieux n'aime les retenir, en faisant raison à la communauté du prix qu'elles valent; autrement il profiteroit, aux dépens de la communauté, du prix qu'il en peut retirer quand il le voudra, en les vendant.

638. Lorsqu'une servitude prédiale, dont étoit chargé l'héritage propre de l'un des conjoints, a été rachetée durant la communauté des deniers de la communauté, ce rachat procure aux dépens de la communauté un avantage au conjoint propriétaire de l'héritage, son héritage devenant plus précieux par la libération de cette charge; ce conjoint doit donc récompense à la communauté de la somme qui en a été tirée pour le rachat de cette servitude.

Si la servitude étoit sur l'héritage propre de la femme, & qu'elle n'ait pas consenti à ce rachat, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolu

tion de la communauté, ſe diſpenſer de la récompenſe, en offrant de ſouffrir la ſervitude, ſauf au mari ſon recours contre le voiſin, s'il y a lieu.

Je dis s'il y a lieu; car le voiſin peut quelquefois ſe défendre de rendre la ſomme qu'il a reçue pour le rachat de ſon droit de ſervitude; *putà*, s'il a employé cette ſomme à quelque dépenſe qu'il a faite pour ſe paſſer de cette ſervitude: ſuppoſons, par exemple, que la maiſon de ma femme étoit chargée envers la maiſon voiſine, de ſouffrir les habitans de cette maiſon venir tirer de l'eau au puits de la ſienne; ſi j'ai racheté cette ſervitude pour la ſomme de trois cens livres, ſans la participation de ma femme, & que lors de la diſſolution de communauté, ma femme ne veuille pas faire récompenſe à la communauté de cette ſomme, en offrant de ſouffrir la ſervitude, le propriétaire de la maiſon voiſine, qui a reçu la ſomme de trois cens livres pour le rachat du droit de ſervitude qu'il avoit, peut ſe défendre de la rendre, s'il a employé cette ſomme à faire un puits chez lui, qui lui rend inutile le droit de ſervitude qu'il avoit ſur la maiſon de cette femme.

639. Lorſque la ſervitude dont l'héritage de l'un des conjoints étoit chargé, & qui a été rachetée des deniers de la communauté, étoit une ſervitude perſonnelle, *putà* ſi c'étoit un droit d'uſufrit; pour décider s'il y a lieu à la récompenſe, je crois qu'on doit diſtinguer ſi le tiers qui avoit ce droit d'uſufruit qui a été racheté des deniers de la communauté, eſt mort avant la diſſolution de la communauté, ou s'il y a ſurvécu. S'il eſt mort avant, il n'y a pas lieu à la récompenſe; car c'eſt la communauté qui a ſeule profité du rachat de cet uſufruit, puiſqu'elle a reçu les revenus de l'héritage pendant tout le temps qu'eût duré l'uſufruit, s'il n'eût pas été racheté. Si au contraire le tiers à qui appartenoit le droit d'uſufruit, a ſurvécu à la diſſolution de communauté, le conjoint propriétaire de l'héritage, profite du rachat qui a été fait des deniers de la communauté, de l'uſufruit dont étoit chargé ſon héritage, puiſqu'il entre auſſi-tôt en jouiſſance de cet héritage; au-lieu qu'il n'y ſeroit entré qu'à la mort de cet uſufruitier, ſi l'uſufruit n'eût pas été racheté: il doit donc pour ce rachat, dont il profite, une récompenſe à la communauté.

Mais en quoi doit conſiſter cette récompenſe? La récompenſe devant ſe régler ſur ce qu'il en a coûté à la communauté, de maniere néanmoins que cela n'excede point ce dont le conjoint a profité, je penſe que le conjoint débiteur de la récompenſe, doit avoir le choix de deux choſes, ou de rendre à la communauté la ſomme qui en a été tirée pour faire ce rachat, ſous la déduction de ce que la communauté a reçu des jouiſſances de l'héritage, au-delà de l'intérêt de cette ſomme, pendant tout le temps que la communauté a duré, depuis ce rachat juſqu'à ſa diſſolution; ou d'abandonner à l'autre conjoint, pour la part qu'il a dans la communauté, la jouiſſance de l'héritage, pour par lui en jouir pour ladite part, pendant la vie de celui à qui appartenoit l'uſufruit qu'on a racheté.

Par exemple, dans cette hypotheſe, l'héritage propre de l'un des conjoints étoit chargé d'un droit d'uſufruit qu'y avoit Marie; cet uſufruit a été racheté en l'année 1750, durant la communauté, pour une ſomme de 12000 livres, payée à Marie des deniers de la communauté; la diſſolution de com-

munauté eſt arrivée en 1760 : la communauté, depuis le rachat juſqu'à ſa diſſolution, a reçu pendant dix ans le revenu de cet héritage qui étoit, toutes charges & riſques déduits, de mille livres par chacun an, lequel excédoit par conſéquent de 400 livres par chacun an l'intérêt des 12000 liv. que la communauté a fourni pour le rachat, ce qui fait pour les dix années 4000 liv., dont il doit être fait déduction ſur ladite ſomme de 12000 liv.; reſtera par conſéquent 8000 livres, dont le conjoint propriétaire de l'héritage doit récompenſer la communauté, ſi mieux il n'aime abandonner le profit qu'il retire du rachat de cet uſufruit, en cédant à l'autre conjoint, pour la part qu'a l'autre conjoint dans la communauté, la jouiſſance de ſon héritage pendant tout le temps de la vie de Marie.

640. Un autre exemple d'augmentation faite ſur l'héritage propre de l'un des conjoints, aux dépens de la communauté, eſt le cas auquel l'un des conjoints, qui, lors de ſon mariage, avoit un héritage dont dépendoient des bois-taillis, les auroit laiſſé croître durant la communauté en haute-futaie; cette haute-futaie eſt une augmentation qui s'eſt faite ſur l'héritage de ce conjoint aux dépens de la communauté, qui a été privée des coupes qui auroient dû ſe faire de ces bois durant la communauté, ſi on ne les eût pas laiſſés croître en futaie : le conjoint doit dont récompenſe à la communauté, de la ſomme qu'elle auroit retirée du prix de ces coupes, ſi elles euſſent été faites.

## Article V.

### *De la récompenſe due pour les dots des enfans des conjoints, qui ont été dotés des biens de la communauté.*

641. Lorſqu'un homme a, durant la communauté, doté des biens de la communauté, un enfant qu'il a d'un précédent mariage, il n'eſt pas douteux qu'il doit récompenſe à la communauté du montant de cette dot; car il ne peut s'avantager, ni les ſiens, aux dépens de la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

Pareillement, lorſque la femme autoriſée de ſon mari, a doté des biens de la communauté, un enfant qu'elle a d'un précédent mariage, elle doit récompenſe à la communauté, du montant de cette dot, ſoit qu'elle accepte la communauté, ſoit qu'elle y renonce.

642. Quand même il ſeroit porté par le contrat de mariage de cet enfant, que c'eſt ſon beau-pere & ſa mere qui l'ont doté conjointement, la femme ne laiſſeroit pas de devoir récompenſe du total du montant de la dot à la communauté, dans les Coutumes qui défendent aux conjoints de s'avantager : car à l'exception de celle de Paris, qui en l'article 283, ſelon l'interprétation commune, permet à l'un des conjoints par mariage, qui n'a point d'enfans, de donner aux enfans que l'autre conjoint a d'un précédent mariage; dans toutes les autres Coutumes qui défendent aux conjoints de s'avantager, la Juriſprudence a étendu la prohibition aux enfans qu'ils ont de leurs précédens mariages. C'eſt pourquoi dans ces Coutumes, quoique par le contrat de mariage, il ſoit dit que le beau-pere & la femme don-

nent ; le beau-pere étant incapable de rien donner, pendant le mariage, à l'enfant de sa femme, c'est la femme qui est censée seule donner toute la dot, & qui doit par conséquent récompense à la communauté, du total de la dot : les termes par lesquels il est dit, que le beau-pere donne, doivent s'entendre en ce sens, qu'il approuve la donation que fait sa femme, & qu'il l'autorise à la faire.

643. Si le beau-pere avoit parlé seul à la dotation de l'enfant de sa femme, la donation de cette dot seroit dans lesdites Coutumes, une donation nulle, & il auroit la répétition des choses données, contre l'enfant à qui elles ont été données ; mais il ne peut prétendre, pour raison de cette dot, qu'il a donnée sans le consentement de sa femme, aucune récompense contre elle ; car elle ne peut être obligée à doter malgré elle.

644. Passons maintenant au cas auquel c'est un enfant commun qui a été doté.

Avant que de décider en quel cas il est dû récompense pour cette dot, il est à propos d'établir quelques maximes.

*Premiere maxime.* Les dots des enfans communs, sont dans notre Droit, une dette naturelle de l'un & de l'autre des conjoints.

Cette maxime est reconnue par tous les Auteurs.

En cela notre Droit est différent du Droit Romain, qui imposoit cette charge au pere seul : *omninò paternum est officium dotem vel ante nuptias donationem pro suâ dare progenie* ; *L. fin. Cod. de dot. promiss.*

La raison de différence entre le Droit Romain & le nôtre, à cet égard, me paroît venir de ce que la charge de doter les enfans, est une charge attachée au droit de puissance paternelle : par le Droit Romain, le droit de puissance paternelle étoit un droit qui n'appartenoit qu'au pere ; la mere ne participoit point en aucune maniere à ce droit ; elle n'avoit pas ce droit sur ses enfans, même après la mort de son mari ; ses enfans n'étoient pas même ses héritiers, jusqu'au temps de Marc-Aurele, où ils furent appellés à sa succession par le Sénatus-Consulte Orphitien ; la puissance paternelle étant un droit du pere seul, la charge de doter les enfans étoit aussi une charge du pere seul.

Au contraire, dans notre Droit François, le droit de puissance paternelle est un droit qui est commun au pere & à la mere, quoique le pere, en sa qualité de chef, en ait principalement l'exercice durant le mariage ; la charge de doter les enfans, qui est attachée à ce droit, doit donc pareillement être commune au pere & à la mere.

645. *Seconde maxime.* Quoique l'obligation de doter les enfans, soit une dette naturelle de l'un & de l'autre conjoint, & qu'en ce sens cette dette soit appellée une dette commune, néanmoins elle n'est pas une dette de leur communauté, mais plutôt une dette propre de chacun d'eux, pour la part que chacun d'eux y doit contribuer.

Les alimens & l'éducation des enfans communs, sont bien une charge de communauté, parce qu'elle doit s'acquitter sur les revenus des biens des conjoints, dont la communauté est composée : il n'en est pas de même des dots des enfans, pour lesquelles les peres & meres doivent souvent entamer cha-

cun leur patrimoine ; c'eſt donc plutôt une dette propre de chacun d'eux ; qu'une dette de leur communauté.

Si la dot des enfans communs étoit une dette de la communauté, il s'enſuivroit que lorſque le pere qui a parlé ſeul à la dotation d'un enfant commun, a donné pour cette dot un de ſes héritages propres, il devroit avoir récompenſe ſur les biens de la communauté, comme ayant à ſes dépens acquitté une dette de la communauté, & par conſéquent enrichi à ſes dépens la communauté, ce qui produit une récompenſe. Néanmoins perſonne ne s'eſt encore jamais aviſé de dire qu'il y ait lieu en ce cas à une récompenſe ; il n'eſt donc pas vrai que les dots des enfans communs ſoient une dette de la communauté.

646. *Troiſieme maxime.* L'obligation de doter les enfans communs, eſt une dette qui n'eſt que naturelle, pour l'acquittement de laquelle la Loi ne donne aucune action aux enfans contre leurs peres & meres ; c'eſt pourquoi chacun de conjoints ne doit doter, s'il ne le veut bien ; & par la même raiſon, chacun d'eux ne contribue à la dot, que pour la part pour laquelle il veut bien y contribuer.

En cela notre Droit eſt différent du Droit Romain : car dans le Droit Romain, ſuivant la Conſtitution de Severe & d'Antonin, un pere pouvoit être contraint par le Magiſtrat à doter ſes enfans ; L. 19. ff. *de Rit. Nupt.*

Au contraire, dans notre Droit, la Loi préſume aſſez de l'affection que la nature inſpire aux peres & meres pour leurs enfans, pour croire que lorſqu'ils ne dotent pas leurs enfans, c'eſt qu'ils n'ont pas le moyen de le faire d'une maniere convenable : elle juge, qu'il ſeroit contre le reſpect que les enfans doivent à leurs peres & meres, qu'ils puſſent les traduire en Juſtice & les obliger à y découvrir le ſecret de leurs affaires, pour connoître s'ils ont, ou non, le moyen de donner une dot convenable.

Il peut, à la vérité, ſe rencontrer des peres & meres qui ne rendent pas ſur ce point juſtice à leurs enfans; mais c'eſt un cas rare, & un moindre mal qu'il faut tolérer, pour en éviter un plus grand.

647. *Quatrieme maxime.* La femme n'eſt obligée, à la vérité, ſuivant la maxime précédente, de contribuer de ſes biens propres à la dot des enfans communs, ſi elle ne le veut bien ; mais ſon mari peut, ſans avoir beſoin de ſon conſentement, l'y faire contribuer, pour la part qu'elle a dans les effets de la communauté, qu'il donne en dot à un enfant commun.

Cette maxime eſt une ſuite du droit qu'a le mari en ſa qualité de chef de la communauté, de diſpoſer, ſans le conſentement de ſa femme, tant pour elle que pour lui, des effets de la communauté, tant pour la part que ſa femme a dans leſdits effets, que pour la ſienne, à quelque titre que ce ſoit, même à titre de donation faite entre-vifs à perſonne capable, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 471. Or un enfant commun eſt une perſonne capable, comme nous l'avons établi, *n.* 487 ; donc le mari peut, ſans le conſentement de ſa femme, donner en dot, à un enfant commun, des effets de la communauté, tant pour la part qu'y a ſa femme, que pour la ſienne, & faire par-là contribuer ſa femme à cette dot, ſans qu'elle y ait conſenti.

Si le mari peut, sans le consentement de sa femme, disposer d'effets de la communauté tant pour la part qu'y a sa femme, que pour la sienne, [illegible] faire une donation entre-vifs à un étranger, à laquelle sa femme n'a [illegible] ; à plus forte raison cela doit-il lui être permis, pour donner [illegible] comme une dot, qui n'est pas moins une dette naturelle de sa [illegible] de lui.

[illegible] *Cinquieme maxime.* Lorsque le mari a donné en dot à un enfant commun, des effets de la communauté, quoiqu'il ait parlé seul au contrat de [illegible], s'il ne paroît pas que son intention a été de doter seul, & seulement sur sa part, il est censé avoir fait, en sa qualité de chef de la communauté, [illegible] dotation, comme il est censé faire en cette qualité tous les actes, par lesquels il dispose des effets de la communauté ; il est censé en conséquence avoir donné en dot ces effets, tant pour sa femme que pour lui, comme cela lui est permis, suivant la 4e. maxime : c'est pourquoi la femme, ni les héritiers de la femme, ne peuvent prétendre au partage de la communauté aucune récompense.

Cette maxime contredit l'opinion de Lebrun, qui décide en son Traité de la Communauté, que le mari qui a parlé seul à la dotation d'un enfant commun, doit récompense au partage de la communauté, du montant des effets qu'il a tirés de la communauté pour le doter.

Lebrun fonde son opinion sur le principe, qu'un conjoint doit récompense à la communauté, de ce qu'il en a tiré pour acquitter ses dettes propres ; d'où il conclut, que la dot des enfans étant une dette du mari qui les a dotés, il doit récompense de ce qu'il a tiré de la communauté pour acquitter cette dette.

La réponse est, qu'un conjoint doit récompense de ce qu'il a tiré de la communauté, pour acquitter une dette qui étoit la dette de lui seul, & dont l'autre conjoint n'étoit pas tenu ; mais la dot d'un enfant commun qu'il a fournie en effets de la communauté, est une dette qui n'étoit pas moins la dette de sa femme que la sienne, & à laquelle il avoit droit, suivant notre quatrieme maxime, de la faire contribuer pour la part qu'elle avoit dans les effets de la communauté donnés en dot, sans qu'il eût besoin pour cela de son consentement, & sans qu'il fût besoin qu'elle fût présente avec lui au contrat de dotation, ayant en sa qualité de chef de la communauté, une qualité suffisante pour la représenter dans tous les actes par lesquels il dispose des effets de la communauté ; la femme ne peut donc prétendre aucune récompense pour cette dot.

649. Il faut maintenant exposer les différens cas dans lesquels un enfant commun a été doté durant le mariage.

*Premier cas.* Le pere & la mere ont doté conjointement un enfant commun, & lui ont fourni une dot en effets de la communauté, sans qu'il soit dit pour quelle part chacune des parties entend y contribuer : le pere & la mere sont censés en ce cas avoir doté chacun pour moitié ; & la femme, ou ses héritiers, en cas de renonciation à la communauté, doivent récompense à la communauté, de ce qui en a été tiré pour la moitié, dont elle a consenti de contribuer à cette dot ; de laquelle récompense on doit

faire déduction sur les reprises que la femme ou ses héritiers ont à exercer contre la communauté.

C'est ce qui a été jugé par plusieurs Arrêts rapportés par Brodeau, *let.* R. *ch.* 54, *n.* 11; par un du 7 Décembre 1679, rapporté au Journal du Palais, *&c.* C'est ce qu'enseignent Brodeau, Renusson, & plusieurs autres.

La raison est, que quoique la dot ne fût qu'une dette naturelle de la femme, qu'elle pouvoit se dispenser de reconnoître & d'acquitter sur ses propres, en ne parlant pas au contrat de dotation; néanmoins ayant parlé au contrat, & ayant doté conjointement avec son mari, elle a regardé & reconnu cette dot pour la moitié pour laquelle elle y contribuoit, comme une dette dont elle étoit tenue; & suivant la 2^e. maxime, comme sa dette propre, pour laquelle par conséquent elle doit récompense à la communauté, de même que pour toutes ses autres dettes propres, qui auroient été payées durant la communauté, des deniers de la communauté.

650. Néanmoins, si par le contrat de donation il y avoit une clause, par laquelle il auroit été dit, que la mere n'entendoit doter que sur la part à elle appartenante dans les biens de la communauté, & que dans le cas auquel elle n'y auroit aucune part, par la renonciation qui seroit faite par elle, ou par ses héritiers à la communauté, la dot seroit en ce cas réputée avoir été donnée par le pere seul, la clause seroit valable; car la mere ayant pu ne pas doter, elle a pu apposer à sa dotation telle condition que bon lui a semblé.

Dans le premier cas proposé, auquel le pere & la mere ont doté conjointement, chacun par moitié, d'effets de la communauté, l'enfant commun, il est évident que si la communauté a été acceptée, il se fait en ce cas compensation de la somme que chacune des parties a tirée de la communauté pour cette dot.

Si néanmoins on avoit ajouté au contrat de dotation, la clause que la dot seroit imputée en entier sur la succession du prédécédé, en ce cas le prédécédé seroit censé avoir doté seul, & avoir acquitté des deniers de la communauté sa dette propre, dont il étoit seul débiteur; en conséquence au partage de la communauté, la dot entiere seroit précomptée sur la part appartenante à la succession du prédécédé.

651. Un second cas est, lorsque le pere & la mere ont doté conjointement d'effets de la communauté leur enfant, mais pour des sommes inégales, chacune des parties doit récompense à la communauté, de la somme qu'elle en a tirée pour acquitter la portion pour laquelle elle a contribué à la dot: c'est pourquoi en cas d'acceptation de communauté, la partie qui a contribué à la dot pour une plus grande portion, & qui a par conséquent tiré une plus grande somme de la communauté, doit à l'autre partie le midenier de ce qu'elle a tiré de plus qu'elle de la communauté.

C'est ce qui a été jugé par Arrêt du 30 Août 1677, rapporté au premier Tome du Journal du Palais: dans l'espece suivante, un pere & une mere avoient doté conjointement leur fille d'une somme de cent mille livres tirée de leur communauté, & il étoit dit par le contrat de dotation, que sur cette dot de cent mille livres, le pere en donnoit quatre-vingt-quatorze,

torze, & la mere ſix mille livres. L'Arrêt jugea que la ſucceſſion du pere devoit à la veuve qui avoit accepté la communauté, la moitié de la ſomme de quatre-vingt-huit mille livres que le pere en avoit tiré de plus qu'elle pour cette dot. Si c'étoit la mere qui eût donné quatre-vingt-quatorze mille livres, elle devroit pareillement, en cas d'acceptation de communauté, à la ſucceſſion de ſon mari, qui n'auroit contribué à la dot que pour ſix mille livres, le mi-denier de ce qu'elle auroit donné de plus que lui; & ſi elle renonçoit à la communauté, elle lui devroit la ſomme de quatre-vingt-quatorze mille livres.

652. Un troiſieme cas, eſt lorſqu'il eſt dit par le contrat de dotation d'un enfant, que le pere & la mere lui ont donné en dot un tel héritage, lequel eſt le propre héritage de l'un d'eux, *putà* du pere; en ce cas la femme qui n'a rien fourni de ſa part pour cette dot, doit récompenſe à ſon mari, de la moitié du prix de l'héritage donné en dot,

La raiſon eſt, que la femme en dotant conjointement avec ſon mari, a reconnu qu'elle étoit tenue de contribuer pour ſa part à cette dot; n'ayant rien fourni pour cela, elle eſt cenſée avoir donné charge à ſon mari de donner tant pour elle que pour lui, l'héritage qui a été donné en dot à leur enfant: elle eſt donc obligée, *actione mandati contrariâ*, de rembourſer à ſon mari le prix de la moitié de ſon héritage qu'il a donné pour elle.

Il n'importe, en ce cas, que la femme ait accepté la communauté, ou qu'elle y ait renoncé; car ce n'eſt pas à la communauté, c'eſt à ſon mari qu'elle doit le prix de la moitié de l'héritage propre de ſon mari qu'il a donné pour elle.

Si l'héritage que le pere & la mere ont donné en dot conjointement, étoit l'héritage propre de la mere, le pere devroit pareille récompenſe à ſa femme.

653. Un quatrieme cas, eſt lorſqu'il eſt dit par le contrat de dotation, que le pere & la mere ont donné en dot à l'enfant; ſçavoir, le pere telles & telles choſes, & la mere telles & telles choſes.

Dans ce cas, chacune des parties eſt cenſée n'avoir voulu contribuer à la dot, que pour les choſes qu'il eſt dit qu'elle a données: c'eſt pourquoi, quoique les choſes données par l'une des parties, ſoient d'une valeur beaucoup plus grande que celle des choſes données par l'autre, la partie qui a donné plus, n'a aucune récompenſe à prétendre contre celle qui a donné moins; celle-ci eſt cenſée n'avoir voulu contribuer à la dot, que pour les choſes qu'elle a données; & ſuivant la troiſieme maxime, elle n'étoit pas obligée de contribuer à plus qu'à ce qu'elle a bien voulu y contribuer.

Dans ce quatrieme cas, lorſque parmi les choſes que l'une des parties a déclaré donner pour la part pour laquelle elle contribue à la dot, il y a des effets de la communauté; elle doit récompenſe à la communauté, du prix de ces effets; car les ayant donnés pour ſa part, elle les a tirés de la communauté pour ſon compte particulier, & elle en doit par conſéquent récompenſe.

654. Un cinquieme cas eſt, lorſque le pere & la mere ont donné à leur enfant une dot, qu'ils ont compoſée tant d'effets de la communauté, que

d'héritages, dont les uns ſont propres du pere, les autres propres de la mere, ſans que par le contrat de dotation, on ait diſtingué les choſes que chacune des parties donnoit, ni exprimé pour quelle part chacune des parties contribuoit à la dot; comme lorſqu'il eſt dit ſimplement par le contrat de dotation, que le pere & la mere ont donné en dot à leurs enfans la ſomme de tant, en telles & telles choſes: il y a lieu de penſer que dans ce cas, les parties ne s'étant pas expliquées ſur la part pour laquelle chacune d'elles devoit contribuer à la dot, ni diſtingué les choſes que chacune d'elles donnoit, les parties étoient cenſées avoir doté chacune pour moitié; & qu'en conſéquence la partie qui a fourni moins que ſa moitié de la dot, eſt redevable de ce qui s'en manque à la partie qui a fourni plus. Par exemple, ſi le pere & la mere ont donné conjointement à leur enfant une dot de 60000 livres, conſiſtant en 10000 livres d'argent, un héritage propre du pere, du prix de 30000 livres, & un héritage propre de la mere, du prix de 20000 livres; en ce cas la mere, au partage de la communauté qu'elle a acceptée, ſe trouve avoir fourni, pour cette dot, ſon héritage, qui eſt de 20000 livres, & 5000 livres pour la moitié qui lui appartenoit dans la ſomme de 10000 livres en deniers, qui ne ſont en tout que 25000 livres; par conſéquent ayant fourni 5000 livres de moins que la moitié de cette dot, qui monte à 30000 livres, elle eſt redevable de cette ſomme de 5000 livres envers la ſucceſſion de ſon mari, qui a fourni 35000 livres.

Si la femme avoit renoncé à la communauté, elle n'auroit fourni que ſon héritage de 20000 livres; n'ayant eu rien dans les 10000 livres tirées de la communauté, au moyen de ſa rénonciation, elle auroit en ce cas fourni 10000 livres de moins que ſa moitié de la dot, dont elle ſeroit redevable à la ſucceſſion de ſon mari.

655. Un ſixieme cas, eſt lorſque le pere & la mere ſe ſont conjointement obligés de payer pour la dot de leur enfant, une certaine ſomme qui n'eſt pas encore payée.

Dans ce cas, la femme, quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, demeure débitrice de cette dot, pour la part pour laquelle elle s'y eſt obligée, ſans qu'elle puiſſe prétendre pour cela aucun recours contre la ſucceſſion de ſon mari: c'eſt ce qui a été jugé par les Arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, *lett.* R, *ch.* 34. En vain ſe fonderoit-elle ſur la clauſe qui eſt dans tous les contrats de mariage, que la femme, en cas de renonciation à la communauté, ſera acquittée par la ſucceſſion de ſon mari, de toutes les dettes auxquelles elle ſe ſera obligée pendant le mariage; car cette clauſe ne comprend que les dettes de la communauté, auxquelles la femme s'eſt obligée; elle ne s'étend pas aux dettes propres de la femme. Or ſuivant la ſeconde maxime ci-deſſus, la dette dont chacun des conjoints eſt tenu pour la dot de leurs enfans, n'eſt pas une dette de communauté, mais une dette propre de chacun deſdits conjoints, pour la part dont il en eſt tenu.

656. Un ſeptieme cas, eſt celui auquel le pere a doté ſeul, & a fourni la dot en effets de la communauté.

En ce cas, quoique le mari ait parlé ſeul au contrat de dotation, étant cenſé, ſuivant la cinquieme maxime ci-deſſus, avoir donné, en ſa qualité

de chef de ſa communauté, les effets de la communauté qu'il a donnés en dot, ſa femme ni les héritiers de ſa femme n'en peuvent prétendre contre lui aucune récompenſe au partage de la communauté. *V. ſuprà, n.* 645.

Néanmoins s'il paroiſſoit par les circonſtances, que le mari qui a parlé ſeul au contrat de dotation, n'a pas eu intention de doter en ſa qualité de chef de la communauté, & de donner, tant ſur la part de ſa femme que ſur la ſienne, les effets de la communauté qu'il a donnés en dot; que ſon intention a été au contraire de doter en ſon propre nom, & ſeulement ſur ſa part, en ce cas, le montant des effets par lui donnés en dot, doit lui être précompté au partage de la communauté.

Cette intention du mari de donner, ſur ſa part ſeulement, les effets de la communauté qu'il a donnés en dot, paroît lorſqu'il eſt dit par le contrat de dotation, qu'il les donne *en avancement de ſa ſucceſſion.*

Cette intention paroiſſoit dans l'eſpece de l'Arrêt de 1677, rapportée *ſuprà, n.* 650, dans laquelle un pere, durant ſa communauté, avoit donné à un enfant commun, *la moitié à lui appartenante* dans un héritage conquêt de ſa communauté.

657 Un huitieme cas, eſt celui auquel le pere a parlé ſeul au contrat de dotation, & a promis une ſomme d'argent qu'il n'a pas encore payée.

Dans ce cas, à moins qu'il ne parût par des circonſtances particulieres, que le pere a eu intention de doter en ſon nom ſeul, & pour ſa part ſeulement, il eſt cenſé avoir promis la dot, en ſa qualité de chef de la communauté; en conſéquence la femme eſt débitrice, non en ſon propre nom, n'ayant pas parlé au contrat de dotation, mais en ſa qualité de commune de la moitié de cette dot, juſques à concurrence ſeulement de ce qu'elle amendera des biens de la communauté.

658. Un neuvieme cas, eſt celui auquel le pere ſeul a parlé au contrat de dotation, & a donné en dot un de ſes héritages propres.

Il n'eſt pas douteux qu'il a ſeul doté en ce cas, & que ſa femme ne contribue en rien à cette dot.

659. Un dixieme cas, eſt lorſque la mere autoriſée de ſon mari, a parlé ſeule au contrat de dotation, & a promis une certaine ſomme pour la dot, ou l'a fournie en effets de la communauté, ſans que le mari, de ſon côté, ait rien donné ni promis, ayant été au contrat de dotation, uniquement pour autoriſer ſa femme.

On ne peut pas dire en ce cas, que le mari ait doté; car le mari peut bien en ſa qualité de chef de la communauté, ſans le conſentement de ſa femme, diſpoſer de la part de ſa femme dans les effets de la communauté qu'il donne en dot à un enfant commun; mais la femme ne peut pas, *vice verſâ*, diſpoſer de la part de ſon mari, ſans le conſentement de ſon mari: c'eſt pourquoi on ne peut pas dire en ce cas que le mari ait en rien contribué à la dot; c'eſt la femme ſeule qui a doté; c'eſt en conſéquence elle ſeule qui eſt débitrice de la dot; & ce qu'elle a tiré de la communauté pour la dot, doit lui être précompté ſur ſa part en la communauté, & en cas de renonciation, ſur ſes propres.

## ARTICLE VI.

### *Des récompenſes que peut devoir le mari pour raiſon de ſon office.*

660. Le mari qui eſt revêtu d'un office propre, qui lui eſt propre, doit récompenſe à la communauté, des ſommes qu'il en a tirées pour payer des taxes impoſées ſur ſon office, pendant le mariage, lorſque ces taxes ont été impoſées pour des augmentations de gages, ou pour de nouveaux droits & émolumens attribués à l'office; l'office s'en trouvant augmenté, le mari profite de ces taxes, payées aux dépens de ſa communauté, & lui en doit par conſéquent récompenſe.

S'il avoit été permis par la création de ces augmentations de gages, de les déſunir de l'office, le mari devroit avoir le choix de les retenir en récompenſant la communauté, ou de les lui abandonner pour le prix qu'elle en a payé.

Lorſque les taxes impoſées durant le mariage, ſont des taxes ſeches, ſans aucune attribution, le mari qui n'en profite pas, n'en doit pas de récompenſe à la communauté qui les a payées; c'eſt une perte ſurvenue durant la communauté, qui tombe ſur la communauté.

661. Lorſque le mari s'eſt fait recevoir, durant le mariage, dans un office qui lui étoit propre, il ne doit aucune récompenſe à la communauté, de ce qu'il en a tiré pour les frais de proviſion & de réception; car il n'en eſt pas enrichi, ces frais étant en pure perte, l'office n'en étant pas de plus grand prix, après qu'il s'y eſt fait recevoir, qu'il l'étoit avant qu'il y fût reçu. D'ailleurs, la communauté profite de cette réception, par les revenus de l'office qui y tombent, & la femme participe aux honneurs qui y ſont attribués.

662. Il n'eſt pas dû de récompenſe à la communauté pour la paulette qui a été payée, quoiqu'elle ait procuré la conſervation de l'office; car la paulette étant une charge annuelle de la jouiſſance de l'office, la communauté qui perçoit le revenu de l'office, en doit être chargée.

## ARTICLE VII.

### *De la récompenſe pour raiſon de l'office acquis durant la communauté, & retenu par le mari.*

663. Lorſqu'un homme, durant la communauté, acquiert un office, dans lequel il ſe fait recevoir, il n'eſt pas cenſé, en s'y faiſant recevoir, le prendre à ſes riſques; cet office, quoiqu'il s'y ſoit fait recevoir, eſt un conquêt de la communauté, qui eſt par conſéquent aux riſques de la communauté, & qui périt pour la communauté, ſoit en cas de ſuppreſſion, ſoit en cas de perte de l'office, par la mort du conjoint qui en étoit pourvu, & qui n'a pas payé la paulette.

Quoique cet office ſoit un conquêt, néanmoins la Juriſprudence a accordé à l'Officier, lorſqu'il ſurvit à la diſſolution de la communauté, le droit de retenir, ſi bon lui ſemble, l'office dont il ſe trouve revêtu, à la charge de

récompenſer la communauté, du prix que l'office a coûté. Ce droit eſt fondé ſur l'indécence qu'il y auroit à dépouiller un Officier de ſon office.

Trois queſtions ſe préſentent : 1°. Quand l'Officier doit-il déclarer s'il entend, ou non, retenir l'office; & quel eſt l'effet du défaut de cette déclaration : 2°. En quoi conſiſte la récompenſe qu'il doit à la communauté, lorſqu'il retient l'office : 3°. A l'égard de quels offices ce droit a-t-il lieu ?

## §. I.

### *Quand le mari doit-il faire cette déclaration ; & de l'effet tant de cette déclaration, que du défaut de cette déclaration.*

664. Tant que la communauté dure, le mari n'eſt point obligé de faire ſa déclaration s'il entend retenir, ou non, l'office acquis durant la communauté, dans lequel il s'eſt fait recevoir; mais lorſque la diſſolution de communauté a donné ouverture au droit qu'ont les héritiers de la femme dans les biens de la communauté, le mari ne doit pas tarder à faire ſa déclaration; car le prix des offices étant très-ſujet à des variations, il ne ſeroit pas juſte qu'en ne faiſant point ſa déclaration, il fût le maître de profiter de l'augmentation qui pourroit, depuis la diſſolution de communauté, arriver ſur l'office en le retenant, & ſe décharger de la perte, s'il venoit à diminuer de prix, en le remettant en ce cas à la communauté.

Quel eſt le temps qu'on doit déterminer, dans lequel le mari doit faire cette déclaration ? Doit-il être laiſſé à l'arbitrage du Juge ? J'inclinerois aſſez à adopter l'opinion de l'Annotateur de Lebrun, qui penſe qu'on doit accorder les délais que l'Ordonnance accorde aux veuves & aux héritiers, pour prendre qualité ; ſçavoir, trois mois pour vaquer à la confection de l'inventaire, & le parachever, & quarante jours pour délibérer depuis le jour que l'inventaire a été achevé ; & lorſqu'il ne l'eſt pas, du jour de l'expiration du temps de trois mois, pendant lequel il a dû être achevé.

Le même Auteur enſeigne, que lorſqu'après la mort de la femme, il y a eu continuation de communauté, le délai qu'a le mari pour faire cette déclaration, ne court pas tant que la continuation de communauté dure ; mais que ſi les enfants renoncent à la continuation de communauté, la communauté étant cenſée en ce cas, diſſoute dès le temps du décès de la femme, le délai qu'a le mari pour faire cette déclaration, eſt cenſé avoir couru dès ce temps.

665. Lorſque le mari, dans ce temps qui lui eſt accordé pour faire ſon choix, a déclaré qu'il entendoit retenir l'office, l'effet de cette déclaration eſt, qu'il eſt cenſé avoir acquis l'office pour ſon compte particulier, & non pour celui de la communauté ; de maniere que cet office eſt réputé n'avoir jamais été conquêt, mais avoir toujours été un effet propre du mari, qui a comme emprunté de la communauté les deniers qui lui ont ſervi à en faire l'acquiſition.

Au contraire, ſi dans le temps accordé au mari pour faire ſon choix, le mari a déclaré qu'il n'entend pas retenir l'office, l'effet de cette déclaration

eſt, que le mari ne peut plus par la ſuite demander à retenir l'office, ayant par cette déclaration, renoncé au droit qu'il avoit de le retenir : c'eſt pourquoi l'office doit être en ce cas, compris dans la maſſe des biens de la communauté qui ſont à partager, comme un des conquêts de cette communauté, & il doit être couché pour le prix qu'il vaut au temps préſent, c'eſt-à-dire, au temps auquel les parties, pour parvenir au partage, font faire l'eſtimation des biens qui ſont à partager.

666. Lorſque la mari a laiſſé expirer le temps, ſans avoir fait ſa déclaration ſur le choix qu'il entend faire, il n'eſt plus recevable à le faire, & il n'eſt pas néceſſaire pour cela qu'il ait été par quelqu'interpellation judiciaire, conſtitué en demeure de le faire.

On a agité la queſtion, ſi faute par le mari de l'avoir fait, l'office devoit être regardé comme conquêt, ſans que déſormais le mari pût être écouté à demander à retenir l'office pour le prix qu'il a coûté ; ou ſi au contraire, le mari doit être préſumé avoir pris l'office à ſes riſques, pour le prix qu'il a coûté, ſans pouvoir plus déſormais le porter dans la maſſe des biens de la communauté ?

Pour la premiere opinion, on dit : l'office eſt, dans la vérité, un conquêt de la communauté, puiſqu'il a été acquis durant la communauté : le droit que le mari avoit de le retenir comme propre, en récompenſant la communauté, étoit un droit qui lui étoit accordé, dont il pouvoit uſer, ou ne pas uſer. L'héritage ne peut être regardé comme propre du mari, qu'autant qu'il paroîtroit avoir voulu uſer de ſon droit, dans le temps qui lui eſt accordé pour en uſer ; il ne peut pas paroître qu'il en ait voulu uſer, lorſqu'il ne s'en eſt pas expliqué ; par conſéquent l'office doit être en ce cas, conſidéré tel qu'il eſt dans la vérité, c'eſt-à-dire, comme conquêt. Lebrun rapporte un Arrêt qui a jugé conformément à cette opinion.

Pour l'opinion contraire, on dit qu'il eſt vrai que l'office ne peut être regardé comme un propre du mari, à la charge de la récompenſe, qu'autant qu'il peut paroître que le mari a voulu uſer du droit qu'il avoit de le retenir ; mais qu'en étant revêtu, on préſume facilement qu'il a voulu le retenir, par cela ſeul qu'il n'a pas fait de déclaration contraire.

C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du premier Mars 1627, rapporté par Bardet, *tom.* 1. Dans l'eſpece de cet Arrêt, le mari pendant ſa communauté, avoit été pourvu d'un office de Commiſſaire au Châtelet de Paris, pour une ſomme de deux mille quatre cens livres : dans l'inventaire fait après la mort de ſa femme, il avoit compris les proviſions dudit office, & les quittances de finance de ladite ſomme de 2400 liv. ſans déclarer s'il entendoit le retenir ; & l'avoit, huit ans après, vendu 16000 livres : l'Arrêt jugea qu'il étoit cenſé l'avoir retenu pour ſon compte, & qu'il n'étoit tenu en conſéquence envers ſes enfants, que du mi-denier de la ſomme de 2400. On citoit en faveur du pere, pluſieurs Arrêts précédens.

Il y a un autre Arrêt du 27 Février 1655, qui a jugé, ſuivant le même principe, que le mari n'ayant point fait de déclaration s'il entendoit retenir l'office pour ſon compte, étoit cenſé l'avoir retenu, & en conſéquence tenu de faire raiſon du mi-denier du prix qu'il l'avoit acheté, quoiqu'il fût conſidérablement diminué de prix depuis.

Borjon en cite un plus moderne, du 25 Juillet 1703, qui a jugé de même.

## §. II.

### *En quoi consiste la récompense.*

667. Le mari, qui lors de la dissolution de la communauté, retient l'office pour son compte, doit récompense à la communauté, du prix qu'il a coûté.

Quoique depuis l'acquisition que le mari a faite de l'office durant la communauté, l'office ait beaucoup augmenté de valeur, & qu'il soit, lors de la dissolution de la communauté, d'un prix beaucoup plus grand que celui pour lequel il a été acheté, le mari ne doit néanmoins récompense à la communauté, que de la somme qu'il lui a coûté. C'est une suite de ce qui a été dit ci-dessus, *n.* 665, que la déclaration que le mari fait après la dissolution de la communauté, qu'il entend retenir l'office, a un effet rétroactif au temps de l'acquisition, qui la fait réputer faite pour le compte du mari seul, plutôt que pour celui de la communauté.

Il paroît néanmoins en cela quelque apparence d'injustice ; car l'office, depuis qu'il a été acquis, jusqu'à la déclaration que le mari a faite après la dissolution de la communauté, qu'il entendoit le retenir, ayant été toujours aux risques de la communauté, dans laquelle le mari n'eût pas manqué de le laisser, s'il fût considérablement diminué, ou s'il fût péri, il semble que l'équité demande que la communauté qui auroit souffert la perte, profite de l'augmentation, suivant cette regle d'équité : *Ubi periculum, ibi & lucrum ;* L. 22, §. 3, *Cod. de furt.* Par ces raisons, Dumoulin sur l'article 111 de l'ancienne Coutume de Paris, décide contre l'avis de Chartier, célebre Consultant, son contemporain, que le mari qui veut retenir l'office, doit récompense à la communauté, non du prix qu'il a coûté, mais du prix qu'il vaut lors de la dissolution de communauté. Mais ce sentiment de Dumoulin n'a pas été suivi ; & il a prévalu, suivant l'avis de Chartier, que le mari ne devoit récompense que du prix que l'office avoit coûté : la faveur des Officiers a fait donner au mari cette petite prérogative.

668. Le mari qui retient l'office, ne doit aucune récompense des sommes tirées de la communauté pour les frais de provision & de réception. La raison est, que suivant les principes sur la matiere des récompenses, le mari ne doit récompense à la communauté, que de ce dont il profite aux dépens de la communauté ; les frais de provision & de réception se faisant en pure perte pour le mari, il n'en doit pas récompense à la communauté, qui n'auroit pas moins perdu ces frais, si l'office eût été laissé à la communauté. Il doit suffire à la femme qu'elle ait participé aux honneurs de l'office, & que les émolumens de l'office soient entrés dans la communauté pendant qu'elle a duré. C'est l'avis de Lebrun, *L.* 1, *ch.* 5, *Sect.* 2, *n.* 66 Voyez *suprà*, *n.* 667.

A l'égard des taxes qui ont été levées sur l'office, & payées des deniers de la communauté, il faut distinguer ; lorsque ces taxes sont des taxes seches, qui n'ont procuré à l'office aucune augmentation de gages ou de droit, le mari n'en doit pas de récompense ; mais si elles ont procuré à l'office des aug-

mentations de gages ou d'émolumens, le mari en doit récompenſe; Lebrun, *n.* 67. Voyez *ſuprà*, *n.* 660.

## §. III.

### *A l'égard de quels offices ce droit a-t-il lieu ?*

669. Ce droit a lieu à l'égard des offices vénaux acquis durant la communauté, dont le mari ſe trouve revêtu lors de la diſſolution de la communauté; non-ſeulement à l'égard des offices de Magiſtrature, mais auſſi à l'egard des offices inférieurs, tels que ceux des Notaires, Procureurs, Huiſſiers, Sergents, & généralement à l'égard de tous les offices vénaux de Juſtice, Police ou Finance.

670. Si le mari avoit acquis pluſieurs offices durant la communauté, de tous leſquels il ſe trouve revêtu lors de la diſſolution, il pourroit uſer de ce droit, ou à l'égard de tous leſdits offices, ou ſeulement de l'un deſdits offices, en déclarant qu'il entend le retenir, & laiſſer les autres à la communauté.

Si néanmoins les offices étoient de nature que leur ſéparation les dépréciât, le mari ne pourroit pas retenir l'un, & remettre l'autre à la maſſe de la communauté; il faudroit, ou qu'il retînt les deux, ou qu'il remît les deux à la maſſe.

671. Ce droit étant fondé ſur l'indécence qu'il y a de dépouiller un Officier de ſon office, ne doit pas avoir lieu à l'égard d'un office acquis durant la communauté, mais dans lequel le mari ne ſe ſeroit pas encore fait recevoir, lorſque la diſſolution de communauté eſt arrivée. Suffiroit-il au mari, pour pouvoir uſer de ce droit, qu'au temps de la diſſolution de la communauté, il eût déja obtenu des proviſions de l'office, quoiqu'il n'y fût pas encore reçu ? On peut dire pour la négative, que le droit eſt accordé aux *Officiers;* que celui qui n'eſt pas encore reçu dans l'office, quoiqu'il en ſoit pourvu, n'eſt pas encore *Officier*, puiſque q'eſt la réception qui fait l'Officier : on peut dire au contraire pour l'affirmative, que les frais de proviſion étant ceux qui ſont les plus conſidérables, le mari qui s'eſt déja fait pourvoir de l'office, a déja fait la plus grande partie du chemin pour y parvenir, & qu'il eſt favorable d'étendre juſqu'à lui ce droit. La queſtion eſt fort arbitraire.

672. Cette faveur que la Juriſprudence a accordée à l'Officier, étant fondée principalement ſur la dureté qu'il y auroit à dépouiller un homme de ſon état, ce droit ne doit pas avoir lieu à l'égard des offices qu'on n'a que pour le revenu; & qui ne conſtituent pas l'état de la perſonne qui en eſt revêtue. C'eſt ce qui a été jugé à l'égard d'un office d'Inſpecteur ſur les veaux, par Arrêt du 7 Juillet 1745, rapporté par Deniſart.

673. Par une ſemblable raiſon, Lebrun, *liv.* 1, *ch.* 5, *S.* 2, *D.* 1, *n.* 58, refuſe au mari ce droit à l'égard de tous les offices domaniaux, tels que ſont les Greffes, & autres. La raiſon qu'il en donne eſt, que ces offices ſont moins attachés à la perſonne que les autres; ces offices étant ſouvent poſſédés par des femmes, & par des mineurs qui les font exercer par un Commis qui les tient à ferme, ou qui en compte de Clerc à Maître.

Cet Auteur accorde ſeulement, à l'égard de ces offices, au mari qui en eſt titulaire, le droit de l'avoir par préférence, non pour le prix qu'il a coûté, mais

mais pour le prix de ſa valeur préſente, lorſque les héritiers de la femme en demandent la vente.

Lorſqu'aucune des parties n'en demande la vente, il doit reſter en commun, & les émolumens doivent ſe partager en commun, ſous la déduction d'une certaine ſomme, telle qu'elle ſera réglée, qui doit être prélévée par le mari titulaire, pour ſon exercice.

674. A l'égard des offices de la maiſon du Roi, & autres ſemblables, auxquels il n'y a aucune finance attachée, ces offices, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 91, étant regardés comme de ſimples commiſſions, qui ne font point partie du patrimoine des particuliers, & qui ne font point par conſéquent regardés comme faiſant partie des biens de la communauté; lorſque le mari a acquis durant la communauté, un office de cette eſpece, dont il ſe trouve revêtu lors de la diſſolution de la communauté, il le retient ſans être obligé de donner aucune récompenſe à la communauté, des deniers qu'il a tirés de la communauté pour l'acquérir; car cet office n'étant pas une choſe qui ſoit *in bonis*, ni par conſéquent qui ſoit ſuſceptible d'aucune eſtimation, il n'eſt pas cenſé s'être enrichi en l'acquérant des deniers de la communauté, & il ne doit par conſéquent aucune récompenſe. Cela eſt conforme à l'Edit de 1678.

Mais ſi le mari avoit, durant la communauté, obtenu du Roi un brevet de retenue ſur cet office, ce brevet de retenue ſeroit un effet de la communauté, & en conſéquence, les héritiers de la femme devroient avoir leur part dans la ſomme qui ſeroit payée par le ſucceſſeur à l'office.

## ARTICLE VIII.

*De la récompenſe due à la communauté pour la converſion que l'un des conjoints a faite de ſon mobilier en immeubles, pendant le temps intermédiaire entre le contrat de mariage & la célébration de mariage.*

675. Lorſque des parties par leur contrat de mariage, ſont convenues qu'il y auroit communauté de biens ſelon la Coutume, elles ſont cenſées, en ne réaliſant aucune partie de leur mobilier par une ſtipulation, être tacitement convenues, que tout le mobilier que chacune d'elles avoit alors, entreroit en leur communauté. Si donc l'une des parties dans le temps intermédiaire entre le contrat de mariage & la célébration du mariage, convertit une grande partie de ſon mobilier en acquiſition d'immeubles, leſquels n'entreront pas en la communauté, ayant été acquis avant le mariage, elle doit récompenſe à la communauté, du montant de ce mobilier qu'elle a converti en acquiſition d'immeubles; ſans quoi il eſt évident qu'elle contreviendroit à la convention tacite, d'apporter à la communauté tout le mobilier qu'elle avoit alors.

## SECTION III.

*Des créances que l'un des conjoints peut avoir, non contre la communauté, mais contre l'autre conjoint.*

676. Il y a des créances que l'un des conjoints a quelquefois lors de la diſſolution de communauté, non contre la communauté, mais contre l'autre conjoint.

Par exemple, ſi les deniers que l'un des conjoints s'eſt réſervé propres, ou qui ſont provenus du prix de l'aliénation de ſes propres, ont été employés durant la communauté, à acquitter une dette propre de l'autre conjoint, le conjoint à qui appartenoient ces deniers, eſt créancier, non de la communauté, mais de l'autre conjoint, de la ſomme qui a ſervi à acquitter la dette propre de l'autre conjoint.

Lorſque c'eſt la femme qui a employé ſes deniers propres à acquitter la dette propre de ſon mari, cette créance que la femme a contre ſon mari pour la reſtitution de cette ſomme, ayant pour objet la reſtitution d'une ſomme qui faiſoit partie de la dot de la femme, elle a hypothéque pour cette créance, du jour de ſon contrat de mariage; ou s'il n'y en a pas eu, du jour de la célébration du mariage, ſur tous les biens de ſon mari, qui en ſe mariant, eſt cenſé s'être obligé à la reſtitution de la dot de la femme.

Au contraire, lorſque c'eſt le mari qui a employé ſes deniers propres à acquitter la dette propre de ſa femme, il n'a de ſon chef aucune hypothéque ſur les biens de ſa femme, pour la créance qu'il a contre ſa femme, pour la reſtitution de cette ſomme : il peut ſeulement avoir celle qu'avoit le créancier qu'il a payé, s'il a eu la précaution en le payant, de requérir la ſubrogation.

677. Lorſque l'un des conjoints, dès avant le mariage, étoit créancier de l'autre conjoint d'une certaine ſomme d'argent, & que cette dette a été excluſe de la communauté, tant de la part du conjoint créancier, par une clauſe de réaliſation de ſon mobilier, que de celle du conjoint débiteur, par une convention de ſéparation de dettes; cette créance eſt une créance que le conjoint créancier continue d'avoir lors de la diſſolution de communauté, non contre la communauté, mais contre l'autre conjoint, qui en eſt le débiteur, ou ſes héritiers.

Il en eſt de même, lorſque l'un des conjoints a ſuccédé, durant la communauté, au créancier de l'autre conjoint, & que la dette a été excluſe de la communauté, tant de la part du conjoint qui a ſuccédé au créancier, par une clauſe de réaliſation des ſucceſſions, que de la part du conjoint débiteur, par une convention de ſéparation de dettes.

Quoique la créance que la femme avoit contre ſon mari avant ſon mariage, ou à laquelle elle a ſuccédé, ne fût que chirographaire, la femme a pour cette créance, hypothéque ſur les biens de ſon mari, du jour de ſon contrat de mariage; ou s'il n'y en a pas eu, du jour de la célébration du mariage; car cette créance fait partie de la dot de la femme : le mari en ſe

mariant, a contracté l'obligation d'exiger de lui-même le montant de cette créance, & de le rendre à la femme avec le surplus de la dot. A l'égard de la créance que le mari avoit contre la femme, ou à laquelle il a succédé, il n'acquiert aucune hypothèque par le mariage.

678. Le douaire de la femme & son deuil, sont aussi des créances que la femme a, non contre la communauté, mais seulement contre les héritiers de son mari.

Nous traiterons du Douaire dans un Traité particulier, qui suivra celui-ci; nous dirons ici deux mots du deuil de la femme. C'est une créance qu'une femme veuve a contre la succession de son mari, qui est tenue de lui fournir la somme qui lui est nécessaire pour porter le deuil de son mari: cette somme est quelquefois fixée par le contrat de mariage. Lorsqu'elle ne l'a pas été, elle doit être arbitrée, eu égard à l'état & aux facultés du défunt.

On fait entrer dans les frais du deuil, le prix des robes & autres habillemens de deuil, tant de la veuve que de ses domestiques.

On y comprend aussi, à l'égard des personnes riches & de qualité, la draperie du carrosse.

On n'accorde pas de deuil aux femmes du bas peuple, telle qu'est la veuve d'un gagne-denier.

Ce deuil que les héritiers du mari sont obligés de fournir à la veuve, est regardé comme faisant partie des frais funéraires du mari; c'est ainsi que le considerent Lebrun, Renusson, & autres; en conséquence il est d'usage de donner à la veuve, pour la créance de son deuil, le même privilege, qu'à celle des frais funeraires; mais si la femme est préférée pour son deuil aux créanciers de son mari, mort insolvable; au moins doit-on avoir en ce cas, attention à le régler à la moindre somme qu'il est possible.

Le deuil est dû à la femme, soit qu'il y ait communauté, ou non; soit qu'elle l'accepte, soit qu'elle y renonce.

Lorsque c'est la femme qui est prédécédée, le mari n'est pas reçu à demander aux héritiers de la femme, les frais de son deuil: l'usage est constant; je ne vois pas la raison de la différence qu'on a faite à cet égard entre l'homme & la femme. La Loi 9, ff. *de his qui not. inf.* qu'on a coutume de citer, où il est dit; *Uxores viri lugere non compelluntur*, ne me paroît pas avoir ici aucune application; puisque suivant nos mœurs, le mari porte le deuil de sa femme, comme la femme le porte de son mari: il faut à cet égard, s'en tenir à ce que dit Julien; *Non omnium quæ à majoribus constituta sunt ratio reddi potest; L.* 20, ff. *de legib.*

679. Enfin, la créance qui résulte des donations que les conjoints se sont faites par leur contrat de mariage, est une créance que le conjoint donataire a, non contre la communauté, mais contre la succession de l'autre conjoint qui lui a fait la donation.

680. Observez à l'égard de toutes les créances, que l'un des conjoints a, non contre la communauté, mais contre l'autre conjoint ou sa succession, que le conjoint qui en est créancier, ne les préleve pas sur les biens de la communauté, puisque ce n'est pas la communauté qui en est débi-

trice ; mais il en doit être payé en total, tant sur la part que le conjoint qui en est débiteur, aura eu dans les biens de la communauté, que sur les autres biens dudit conjoint débiteur.

# CHAPITRE II.

## *Du partage des biens de la communauté après la dissolution ; & des actes qui y sont préalables.*

L'INVENTAIRE des biens de la communauté, étant la premiere démarche nécessaire pour parvenir au partage des biens de la communauté après la dissolution, nous traiterons dans un premier article, de l'inventaire & des recels ; dans un second, des autres actes qui sont préalables au partage des biens de la communauté ; dans un troisieme, nous traiterons de ce partage ; & dans un quatrieme, de ses effets & de la garantie qu'il produit.

### ARTICLE PREMIER.

### *De l'Inventaire & des Recels.*

Nous verrons, 1°. ce que c'est que l'inventaire ; quelles sont les choses qu'on doit y comprendre : 2°. comment, à la requête de qui, & en présence de qui il se fait : 3°. nous traiterons des recels.

### §. I.

### *Ce que c'est que l'Inventaire ; & quelles sont les choses qu'on y doit comprendre.*

681. L'inventaire est un acte qui contient par le détail, la description de tous les effets dont la communauté est composée.

A la tête de cet acte, est une prémisse qui contient les noms & qualités des personnes à la requête desquelles, & de celles en la présence desquelles l'inventaire est fait.

Après cette prémisse, l'inventaire contient la description par le détail, de tous les meubles corporels dont la communauté est composée.

682. On y doit comprendre, même les habits, linges & hardes qui sont à l'usage du survivant, sauf un habillement complet qu'on doit lui laisser, & qui ne devant point entrer en partage, ne doit point être inventorié.

Lorsque le survivant est un homme d'épée, on doit pareillement lui laisser l'épée qu'il a coutume de porter ; & si c'est un homme de robe, on doit lui laisser sa robe de cérémonie.

Les manuscrits qu'un homme d'esprit a composés, ne doivent pas non plus être compris dans l'inventaire; ce sont choses inestimables, qui ne sont pas censées faire partie d'une communauté de biens, ni même d'une succession; on doit donc les laisser au survivant qui les a composés; & s'il est prédécédé, à l'aîné de ses enfans; ou à défaut d'enfans, à l'aîné de sa famille, quand même ces personnes auroient renoncé à sa succession.

Les portraits de famille ne sont point partie des biens, & ne doivent pas être inventoriés; chacune des parties doit prendre les portraits de sa famille: le portrait du conjoint prédécédé, doit être laissé à l'autre conjoint pendant sa vie, à la charge de le rendre après sa mort, à l'aîné de la famille du prédécédé.

Il en est de même des marques des Ordres de Chevalerie dont le mari a été décoré, telle qu'est une Croix de Saint-Louis; ces choses ne sont pas partie de la communauté, & ne doivent pas être inventoriées; mais elles doivent être laissées, pour les garder comme des monumens de l'honneur de la famille.

683. On joint à chacun des meubles corporels compris dans l'inventaire, une mention de la somme à laquelle il a été estimé.

Cette estimation ou prisée, se fait ordinairement par un Huissier-priseur, qui se fait, pour cet effet, assister de quelque Revendeur ou Revenderesse publique. Cette assistance n'est pas néanmoins absolument nécessaire: elle se pratique dans les villes de Province où les Huissiers-priseurs, faute d'expérience, ne connoissent gueres le prix des meubles. A Paris, les Huissiers-priseurs font la prisée sans être assistés de personne, sauf lorsqu'ils ont à priser une bibliotheque; car alors ils appellent des Libraires pour prendre leur avis.

684. Après la description des meubles corporels, l'inventaire doit comprendre la déclaration de tous les titres, papiers & enseignemens des biens de la communauté, tels que sont les journaux, & autres papiers domestiques; les livres de Commerce, les obligations passées devant Notaires, & les billets sous signature-privée des débiteurs de la communauté, les titres des rentes & des héritages qui appartiennent à la communauté.

Lorsqu'il y a quelques dettes actives de la communauté, dont il n'y a aucun acte par écrit; telle que seroit celle qui résulte du prêt d'une somme d'argent fait à un ami sans billet, le survivant qui en a la connoissance, en doit faire déclaration par l'inventaire.

Enfin, l'inventaire contient la déclaration des dettes passives de la communauté.

## §. II.

### *Comment se fait l'Inventaire; à la requête de qui; & en présence de qui.*

685. L'inventaire se fait ordinairement par un acte devant Notaires, & il se fait aussi quelquefois par un acte, sous les signatures-privées des parties.

Il se fait ordinairement en la maison qui étoit le domicile des parties lors de la mort du prédécédé; parce que c'est en ce lieu que sont ordinairement

les meubles & les titres qui dépendent de la communauté, au moins pour la plus grande partie.

Lorſqu'il y a des meubles en différens lieux, quelquefois on ſe tranſporte dans les différens lieux où ils ſont, pour en faire l'inventaire; quelquefois on les fait tranſporter du lieu où ils ſont, dans le lieu principal où ſe fait l'inventaire, pour les y inventorier; quelquefois on ſe contente de la déclaration que le ſurvivant fait par l'inventaire, qu'il y a dans tel & tel lieu, tels & tels effets; *putà*, tant de muids de bled, tant de pieces de vin, un troupeau de tant de bêtes, tels & tels uſtenſiles de preſſoir, *&c.* qu'on eſtime de valeur de tant.

686. L'inventaire ſe fait ordinairement à la requête du ſurvivant; néanmoins quelquefois à la requête des héritiers du prédécédé; comme dans le cas auquel la femme ſurvivante, ſans être ſéparée par Sentence, ne demeuroit pas avec ſon mari prédécédé.

687. Le ſurvivant doit faire l'inventaire en préſence des héritiers du prédécédé, ou eux duement appellés; il n'eſt néanmoins obligé d'appeller que ceux qui ſont ſur le lieu: comme il peut ne pas connoître ceux qui ne ſont pas ſur le lieu, ou du moins ne pas connoître leur demeure, il peut ſe paſſer de leur préſence, en faiſant aſſiſter à l'inventaire, le Procureur du Roi, ou le Procureur Fiſcal de la Juſtice du lieu.

Lorſque les héritiers ſe trouvent volontairement à l'inventaire, il n'eſt pas néceſſaire qu'ils y aient été judiciairement appellés; mais lorſqu'ils ne s'y trouvent pas, le ſurvivant doit les aſſigner devant le Juge du lieu, & faire rendre une Sentence qui donne aſſignation aux parties, à tel jour, à telle heure, & aux jours ſuivans en la maiſon du ſurvivant, pour y être procédé à l'inventaire.

Lorſque la Sentence a été rendue par défaut, le ſurvivant doit la leur faire ſignifier.

En conſéquence de cette Sentence, le ſurvivant peut aux jours & heures portés par la Sentence, faire procéder à ſon inventaire, ſoit que les héritiers s'y trouvent, ſoit qu'ils ne s'y trouvent pas; & l'inventaire fait en leur abſence, eſt en ce cas auſſi valable, que s'ils y avoient été préſens, parce qu'ils y ont été duement appellés.

Lorſque les héritiers du prédécédé ſont des enfans mineurs dont le ſurvivant eſt le tuteur, il doit leur faire nommer par le Juge, un ſubrogé tuteur, qui y aſſiſte pour eux.

## §. III.

### *Des Recels.*

688. On appelle *recel*, l'omiſſion malicieuſe que le ſurvivant a faite dans ſon inventaire, de quelques effets corporels, ou de quelques titres des biens & droits de la communauté, dans la vue d'en dérober la connoiſſance aux héritiers du prédécédé, & de les priver par ce moyen de la part qu'ils ont droit de prétendre à titre de communauté dans leſdits effets.

Les omiſſions qui ſe trouvent dans l'inventaire que le ſurvivant a fait faire, ne paſſent pour recels, & ne ſont ſujettes aux peines du recel, que lorſqu'il y a lieu de les préſumer malicieuſes.

Elles ſont ſur-tout préſumées n'être pas malicieuſes, lorſque le ſurvivant, avant que perſonne ſe ſoit plaint des omiſſions, a ajouté à l'inventaire, les effets ou les titres qu'il avoit omis d'y comprendre.

Quand même les héritiers du prédécédé auroient découvert l'omiſſion avant que le ſurvivant eût ajouté à ſon inventaire les choſes omiſes, l'omiſſion peut encore être préſumée n'être pas malicieuſe, ſoit par rapport à la modicité de l'objet, ſoit parce qu'il paroît par les circonſtances, que ces choſes ont pu échapper à la connoiſſance du ſurvivant ; c'eſt pourquoi en ce cas, les héritiers du prédécédé, qui ont découvert l'omiſſion de ces choſes, ne peuvent demander autre choſe, ſinon qu'elles ſoient ajoutées à l'inventaire, & ils ne peuvent pas conclure contre le ſurvivant aux peines des recels.

Au contraire, l'omiſſion eſt préſumée malicieuſe, lorſque la multitude des choſes omiſes, & la qualité de ces choſes qui étoient en évidence, & d'un uſage journalier, ne permet pas de penſer qu'elles aient pu échapper à la connoiſſance du ſurvivant, qui ne les a pas compris dans ſon inventaire.

L'omiſſion doit ſur-tout être jugée malicieuſe, lorſque les effets omis dans l'inventaire, ont été par le ſurvivant, depuis la mort ou pendant la derniere maladie du prédécédé, détournés du lieu où ils étoient, & portés hors de la maiſon, ou cachés dans quelque recoin.

689. Les héritiers de la femme ne ſont recevables à ſe plaindre des recels prétendus faits par le mari, que lorſqu'ils ont accepté la communauté ; car s'ils y renoncent, il eſt évident qu'ils n'ont aucun intérêt aux recels.

Néanmoins, s'ils prétendoient que c'eſt par le dol du mari ſurvivant, qui par les recels qu'il a faits, leur a caché les forces de la communauté, qu'ils ont été engagés à y renoncer, ils pourroient en prenant des lettres de reſciſion, être admis à la preuve du dol & des recels du mari ; & après avoir en conſéquence, fait entériner leurs lettres, & fait reſcinder leur renonciation, être reçus à accepter la communauté, & à conclure contre le mari, à la peine du recel.

690. La peine du recel eſt, que le ſurvivant qui en eſt convaincu, eſt non-ſeulement condamné à ajouter à l'inventaire & à la maſſe des biens de la communauté, les choſes recélées ; mais qu'il eſt encore déclaré déchu de ſa part dans les meubles qu'il a recélés, & dans les droits & créances dont il a recélé les titres ; leſquels effets recélés appartiendront en conſéquence pour le total, aux héritiers du prédécédé. Arrêt du 15 Mai 1656, au premier Tome du Journal des Audiences.

Par exemple, ſi le ſurvivant avoit caché les billets de quelques débiteurs de la communauté, les créances portées par ces billets, appartiendront en entier aux héritiers du prédécédé, en punition du recel.

Si le ſurvivant qui a fait les recels, étoit donataire en uſufruit, de la

part du prédécédé, il ſeroit auſſi déclaré déchu de cet uſufruit dans les effets recélés. C'eſt ce qui a été jugé par l'Arrêt ci-deſſus cité.

La femme ſurvivante, qui a commis des recels, outre cette peine qui lui eſt commune avec le mari, eſt encore ſujette à d'autres peines qui lui ſont particulieres; ces peines ſont, qu'elle eſt déchue du droit de renoncer à la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 560, & de celui de n'être tenue des dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence du profit qu'elle en a eu.

691. Il nous reſte à obſerver, que le ſurvivant qui a commis des recels, peut, avant que les héritiers du prédécédé en aient eu conniſſance, éviter par ſon repentir, la peine de ſes recels, en rapportant les choſes recélées, & les ajoutant à ſon inventaire. C'eſt ce qui a été jugé par les Arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet.

Mais s'il paroît que les héritiers du prédécédé ont eu connoiſſance des recels, le ſurvivant ne peut plus dès-lors éviter la peine du recel, en ajoutant à l'inventaire les effets recélés, quoiqu'il les ait ajouté avant aucune demande donnée contre lui, pour raiſon deſdits recels. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 14 Avril 1629, rapporté par Brodeau ſur Louet, lettre R, *ch.* 1; dans l'eſpece duquel une veuve fut déclarée ſujette à toutes les peines des recélés, quoiqu'elle eût ajouté à l'inventaire, avant aucune demande contre elle, les effets par elle detournés; parce qu'elle ne les avoit ajouté que depuis la ſaiſie qui en avoit été faite par les héritiers de ſon mari.

## ARTICLE II.

### *Des autres actes préalables au partage.*

692. Les autres actes préalables au partage des biens de la communauté, ſont: 1°. le compte mobilier par lequel les parties ſe font reſpectivement raiſon de ce que chacune d'elles depuis la diſſolution, a reçu des biens de la communauté, & de ce que chacune d'elles a mis pour les biens de la communauté.

Lorſque l'une des parties qui n'a pas été chargée du recouvrement des dettes de la communauté, a reçu des ſommes de quelqu'un des débiteurs de la communauté; s'il a déclaré par les quittances qu'il a données, qu'il a reçu ces ſommes ſur ſa part, ou pour ſa part, il n'eſt pas obligé de faire raiſon de ces ſommes au compte mobilier, ſauf à l'autre partie à ſe faire payer, comme elle pourra, de ſa part par leſdits débiteurs; ce qui a lieu, quand même ces débiteurs ſeroient depuis devenus inſolvables, la partie qui a reçu ſa part, n'étant pas garante de leur inſolvabilité en ce cas, envers l'autre partie, qui doit s'imputer de n'avoir pas uſé de la même diligence; *Arg. liv.* 38, ff. *fam. erisc.*

Mais lorſqu'une partie s'eſt chargée du recouvrement des dettes de la communauté, ſoit qu'elle s'en ſoit ſeule chargée, ſoit que les deux parties s'en ſoient réciproquement chargées, il ne lui eſt pas permis de recevoir ſa part préférablement à la communauté, & elle doit tenir compte de

de tout ce qu'elle a reçu des débiteurs, quelque déclaration qu'elle ait faite dans les quittances qu'elle a données; c'eſt de ce cas qu'il eſt dit en la Loi 63, §. 5, ff. *pro. ſoc. Iniquum eſt ex eadem ſocietate alium plus, alium minus conſequi.* Voyez notre Traité de la Société, *n.* 122.

La réparation du dommage que l'une des parties, depuis la diſſolution de la communauté, auroit cauſé par ſa faute dans quelqu'un des effets de la communauté, eſt auſſi une choſe qui fait partie du compte mobilier: on y apprécie ce dommage à une certaine ſomme, dont la partie qui l'a cauſé, eſt déclarée débitrice envers la ſociété, & dont elle doit en conſéquence faire raiſon au compte mobilier.

692. 2°. L'acte de liquidation, qui contient un état des différentes repriſes & créances que chacune des parties a à exercer contre la communauté, & des différentes dettes & récompenſes dont chacun des conjoints eſt débiteur envers la communauté.

Nous avons vu au Chapitre précédent, quelles pouvoient être ces différentes dettes & ces différentes dettes.

On doit par l'acte de liquidation, arrêter un total des créances dont chacun des conjoints eſt créancier de la communauté, & un total des dettes dont chacun des conjoints eſt débiteur envers la communauté; balancer le total des créances que chacun des conjoints a contre la communauté, avec le total des dettes dont le même conjoint eſt débiteur envers elle, & déclarer chacun des conjoints ou créancier de la communauté pour la ſomme dont le total de ſes créances excede le total de ſes dettes, ou débiteur envers la communauté, de la ſomme dont le total de ſes dettes excede le total de ſes créances.

693. 3°. Enfin, avant que de pouvoir parvenir au partage des biens de la communauté, il eſt néceſſaire de procéder à l'eſtimation des conquêts de la communauté, tant des véritables conquêts, que des propres ameublis, qui en conſéquence de la convention d'ameubliſſement, doivent entrer dans la maſſe des biens de la communauté qui ſont à partager, de même que les véritables conquêts.

Les parties, lorſqu'elles ſont majeures, peuvent faire cette eſtimation à l'amiable, ou par elles-mêmes, ou par des eſtimateurs dont elles conviennent; elles n'ont beſoin d'avoir recours au Juge, que lorſqu'elles ne peuvent s'accorder ſur le choix des eſtimateurs.

Lorſque quelqu'une des parties eſt mineure, on a recours aux Juges, pour ordonner que les eſtimateurs convenus par les parties, paſſeront, & pour leur faire prêter ſerment avant qu'ils procedent à l'eſtimation.

Outre la viſite & eſtimation des conquêts de la communauté, on doit auſſi faire une viſite des héritages propres de chacun des conjoints, pour déclarer & eſtimer toutes & chacunes les réparations d'entretien qui ſont à faire auxdits héritages; la communauté en étant chargée, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 271.

## ARTICLE III.

### *Du partage de la communauté.*

694. Le partage de la communauté, eſt la diviſion qui ſe fait entre les parties, des biens de la communauté.

Il eſt de la nature de toutes les ſociétés, que chacune des parties qui a une part dans les biens qui ſont demeurés en commun, après la diſſolution de la ſociété, puiſſe, lorſqu'elle eſt majeure, en demander aux autres parties le partage; car c'eſt un principe, que *nemo invitus in communione, manere debet.*

Suivant ce principe, après la diſſolution de la communauté qui étoit entre un mari & une femme, non-ſeulement le ſurvivant, non-ſeulement l'héritier du prédécédé; mais lorſqu'il a laiſſé pluſieurs héritiers, un ſeul deſdits héritiers lorſqu'il eſt majeur, peut demander aux autres parties, le partage des biens de la communauté.

695. Lorſqu'une partie eſt mineure, elle peut bien ou par ſon tuteur, ou par elle-même, lorſqu'elle eſt émancipée, demander le partage des biens mobiliers de la communauté; elle peut demander un partage proviſionnel des biens immeubles, c'eſt-à-dire, un partage qui aſſigne à chaque partie, la jouiſſance de certains biens, pour en jouir diviſement juſqu'au partage définitif; mais un mineur ne peut pas valablement demander un partage définitif des immeubles.

La raiſon eſt, que le partage des immeubles qui ſe feroit ſur la demande de ce mineur, renfermeroit une diſpoſition que ce mineur feroit de la part qu'il a dans leſdits biens immeubles; or, les loix interdiſent aux mineurs toutes diſpoſitions de leurs biens immeubles.

696. Quoiqu'un mineur ne puiſſe pas lui-même provoquer les autres parties à un partage définitif des biens immeubles, il peut être provoqué à ce partage définitif, par une partie majeure; & ce partage définitif, fait ſur la demande d'une partie majeure, eſt valablement fait avec le mineur.

La raiſon eſt, que les loix qui interdiſent aux mineurs la diſpoſition de leurs biens immeubles, en exceptent celles qui ſont néceſſaires; elles ne leur interdiſent que celles qui ſont volontaires. Un partage qui ſe fait ſur la demande d'un mineur, eſt une diſpoſition qu'il fait de ſes immeubles, qui eſt volontaire, puiſque rien ne l'obligeoit de donner cette demande; mais lorſque le partage ſe fait ſur la demande d'un majeur qui a provoqué le mineur au partage, la diſpoſition que le mineur fait par ce partage, de la part qu'il a dans ces immeubles, eſt une diſpoſition néceſſaire; car la demande qui a été donnée contre lui aux fins de partage, eſt une choſe qui ne dépendoit pas de lui, & qu'il n'a pu empêcher.

697. La demande aux fins de partage, doit être donnée contre toutes les parties; c'eſt pourquoi, lorſque le prédécédé a laiſſé pluſieurs héritiers, ſi le ſurvivant n'a donné la demande aux fins de partage que contre un des héritiers, ou s'il n'y a qu'un des héritiers qui ait donné la demande contre le ſurvivant, on ne peut ſtatuer ſur cette demande juſqu'à ce que

les autres héritiers aient été auſſi aſſignés, ou qu'ils ſoient intervenus.

698. Tant que les biens de la communauté ſont poſſédés par les parties par indivis, l'action de partage, que chacune d'elles a droit d'intenter contre les autres parties, n'eſt ſujette à aucune preſcription de temps, quelque long qu'il ſoit; car l'indiviſion réclame perpétuellement en faveur de l'action de partage: *cùm nemo invitus, in communione manere debeat.*

Mais ſi l'une des parties avoit poſſédé ſéparément pendant trente ans, certains biens de la communauté, quoiqu'elle ne pût produire aucun acte de partage qui fût intervenu, cette poſſeſſion ſéparée qu'elle auroit eu pendant ledit temps, feroit préſumer qu'il y en a eu un, & opéreroit en ſa faveur contre l'action de partage, ſi elle étoit intentée contre elle, la preſcription ordinaire de trente ans qui a lieu contre toutes les actions.

699. On commence ordinairement le partage des biens de la communauté, par celui du mobilier, & on ne vient qu'après à celui des immeubles; néanmoins quelquefois on ne fait qu'un même partage du mobilier & des immeubles; & même quelquefois on met tout le mobilier, ou la plus grande partie, dans un lot, & tous les immeubles, ou la plus grande partie dans l'autre, lorſque c'eſt la convenance réciproque des parties; comme lorſque les biens de la communauté d'un marchand, ſont à partager entre la veuve & le fils héritier de ſon pere; ſi le fils a deſſein de continuer le commerce de ſon pere, & que la veuve, au contraire, ait deſſein de vivre bourgeoiſement ſans faire de commerce, les marchandiſes & effets de commerce étant en ce cas à la convenance du fils, on les met dans le lot du fils; & les biens-fonds étant plus à la convenance de la veuve, on les met dans le lot de la veuve.

700. On procede quelquefois à la vente des meubles de la communauté, au lieu de les partager; mais lorſqu'une des parties veut avoir ſa part en nature dans les meubles, & s'oppoſe en conſéquence à la vente que l'autre partie veut faire, on ne peut lui en refuſer le partage, à moins qu'il ne fût néceſſaire de vendre le tout, ou partie, pour l'acquittement des dettes exigibles de la communauté, tant de celles qui ſont dues à des tiers, que de celles qui ſeroient dues à l'une ou à l'autre des parties; auquel cas, la vente des meubles ne peut être empêchée juſqu'à concurrence de ce qu'il eſt néceſſaire d'en vendre pour l'acquittement deſdites dettes, en commençant par la vente des meubles périſſables.

Quand même il y auroit de quoi acquitter les dettes de la communauté ſans vendre les meubles; ſi l'héritier du prédécédé eſt un mineur, ſon tuteur ne peut empêcher la vente que le ſurvivant voudroit en faire; car il eſt au contraire du devoir d'un tuteur, de faire procéder à la vente des meubles de ſon mineur, pour employer le prix en acquiſition d'héritages ou rentes, qui produiſent un revenu au mineur.

Mais ſi au contraire le ſurvivant en demande le partage, le tuteur de l'héritier mineur ne peut l'empêcher, ſauf à lui après le partage qui en aura été fait, de faire procéder à la vente des meubles échus par le partage au lot de ſon mineur.

701. Pour procéder au partage des immeubles de la communauté, on dreſſe une maſſe de tous ceux dont elle eſt compoſée, dans laquelle chaque immeuble

eſt couché pour la ſomme à laquelle il a été eſtimé.

La maſſe ainſi dreſſée & arrêtée, la femme ou ſes héritiers doivent prélever dans les meilleurs effets de ladite maſſe, à leur choix, la ſomme à laquelle par la liquidation ſe ſont trouvées monter les repriſes & autres créances de la femme, déduction faite de ce qu'elle devoit à la communauté, lorſqu'ils n'en ont pas été payés ſur le prix des meubles.

Après ce prélevement fait par la femme ou ſes héritiers, le mari ou ſes héritiers prélevent pareillement à leur choix dans les meilleurs effets qui reſtent de ladite maſſe, la ſomme à laquelle montent les repriſes & créances du mari, déduction faite de ce qu'il devoit à la communauté.

Après ces prélevemens faits, on fait deux lots des conquêts qui reſtent à partager; ſçavoir, un pour le ſurvivant, & un pour les héritiers du prédécédé, qu'ils tirent au ſort.

On fait ces lots auſſi égaux qu'il eſt poſſible; mais comme ordinairement l'égalité ne peut pas être parfaite; pour les égaler, on charge celui qui eſt le plus fort, d'un retour envers le plus foible.

Par exemple, ſi après les prélevemens faits, il reſte pour 50000 livres de conquêts à partager, dont on ait fait deux lots, l'un de 30000 livres & l'autre de 20000 livres, on chargera pour les égaler le lot de 30000 livres, d'un retour de 5000 livres envers celui de 20000 livres; au moyen duquel retour, le lot de 30000 livres ſera diminué de 5000 livres, & réduit par conſéquent à 25000 livres, & le lot de 20000 livres étant augmenté de 5000 liv. par le retour de 5000 liv. qui lui eſt dû, ſera pareillement de 25000 liv.

Le retour dont on charge le lot le plus fort envers le lot le plus foible, conſiſte ou en une rente; comme lorſqu'il eſt dit, un tel lot ſera chargé de tant de rente envers l'autre, ou il conſiſte en une ſomme d'argent.

Lorſqu'il conſiſte en une rente, cette rente eſt une charge réelle des conquêts dont le lot qui en eſt chargé eſt compoſé; c'eſt une véritable rente fonciere qui n'eſt pas rachetable, à moins que la faculté n'en ait été expreſſément accordée, & pour laquelle la partie à qui ce retour eſt dû, a tous les droits des ſeigneurs de rente fonciere. *Voyez notre Traité du Bail à Rente.*

Lorſque le retour conſiſte dans une ſomme d'argent, la créance de ce retour eſt une créance mobiliaire & exigible, qui porte néanmoins intérêt *ex naturâ rei*, du jour du partage juſqu'au paiement, à moins qu'il ne fût convenu par le partage, que les parties n'entreroient en jouiſſance que d'un tel jour; auquel cas les intérêts du retour ne courent que de ce jour.

Quelquefois, après qu'il a été dit par le partage, qu'un tel lot ſeroit chargé envers l'autre du retour d'une telle ſomme, on ajoute, que pour le prix de ladite ſomme, on conſtitue une rente de tant; cette rente en ce cas n'eſt pas une charge réelle & fonciere des conquêts qui compoſent le lot; c'eſt une véritable rente conſtituée, dont le propriétaire de ce lot eſt débiteur perſonnel, laquelle eſt rachetable à toujours, ſelon la nature des rentes conſtituées, & pour laquelle la partie à qui elle eſt due, a ſeulement une hypotheque privilégiée ſur les conquêts du lot qui en eſt chargé. Voyez ſur ces retours notre Traité du Contrat de Société, *n.* 175, 176 & 177.

702. Lorſque les parties ont partagé les biens de la communauté, ſans avoir prélevé préalablement ſur la maſſe, les ſommes dont chacune d'elles étoit créanciere de la communauté, elles doivent s'en faire raiſon après le partage, de la maniere qui ſuit :

On doit faire compenſation juſqu'à due concurrence, des ſommes dont chacune d'elles eſt créanciere de la communauté. Après cette compenſation faite, la partie qui eſt créanciere de la plus grande ſomme, doit encore faire confuſion ſur elle pour la moitié qu'elle a en la communauté, de la moitié de la ſomme qui a reſté après ladite compenſation faite, & elle a droit de demander à l'autre partie le paiement de l'autre moitié, avec les intérêts, du jour de la diſſolution de la communauté.

Par exemple, je ſuppoſe que les parties ont partagé une maſſe de cent mille livres, ſans avoir fait aucun prélevement des ſommes dont elles étoient reſpectivement créancieres de la communauté : je ſuppoſe encore que le ſurvivant fût, par la liquidation, créancier de trente mille livres, & les héritiers du prédécédé de vingt mille livres : compenſation faite des créances reſpectives, le ſurvivant demeure créancier de dix mille livres, dont il fait confuſion de moitié ſur lui ; reſte cinq mille livres dont il eſt créancier des héritiers du prédécédé.

Cette opération a le même effet que ſi le prélevement des créances reſpectives s'étoit fait avant partage ſur la maſſe ; car ſuivant cette opération, il revient au ſurvivant dans les biens de la communauté, la ſomme de cinquante-cinq mille livres ; ſçavoir, cinquante mille livres pour ſon lot de partage, & cinq mille que les héritiers du prédécédé ſont tenus de lui payer ſur leur part ; & il ne revient aux héritiers que quarante-cinq mille livres, étant obligés d'ôter de leur part de cinquante mille livres, celle de cinq mille livres qu'ils doivent au ſurvivant.

En faiſant le prélevement des créances reſpectives avant partage, il revient pareillement au ſurvivant la même ſomme de cinquante-cinq mille livres ; ſçavoir, celle de trente mille livres qu'il a prélevée, & celle de 25000 livres pour ſa moitié dans les biens reſtés à partager ; laquelle par les prélevemens, a été réduite à cinquante mille livres ; leſquelles deux ſommes de trente & de vingt-cinq mille livres, ſont celle de cinquante-cinq mille livres : il revient pareillement aux héritiers du prédécédé la même ſomme de quarante-cinq mille livres ; ſçavoir, celle de vingt mille livres qu'ils prélevent, & celle de vingt-cinq mille livres pour leur moitié dans la maſſe des biens reſtés à partager.

703. Obſervez que la femme & ſes héritiers ne ſont obligés de compenſer la ſomme dont ils ſont créanciers de la communauté, avec celle dont le mari ou ſes héritiers en ſont pareillement créanciers, que juſqu'à concurrence de la part de ladite femme ou de ſes héritiers dans les biens de la communauté. La raiſon eſt, que la compenſation que la femme ou ſes héritiers font avec la créance du mari, eſt un paiement qu'ils font au mari de ce que la communauté lui doit ; *nam qui compenſat, ſolvit.* Or, comme nous le verrons *infrà*, *part.* 6, la femme ou ſes héritiers ne ſont tenus des dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence du montant de la part qu'ils

ont dans les biens de la communauté : ils ne ſont donc obligés de compenſer la créance qu'ils ont contre la communauté avec celle du mari, que juſqu'à concurrence du montant de leur part dans les biens de la communauté ; autrement, ils ſe trouveroient avoir payé des dettes de la communauté au-delà de leur part.

704. Par la même raiſon, la femme ou ſes héritiers ne ſont obligés de faire confuſion pour moitié de ce qui leur eſt dû par la communauté, que juſqu'à concurrence du montant de la part qu'ils ont dans les biens de la communauté ; car la confuſion que la femme fait pour moitié de ſa créance contre la communauté, eſt un paiement qu'elle ſe fait pour cette moitié à elle-même de ce qui lui eſt dû par la communauté. Or, elle n'eſt tenue des dettes de la communauté, tant de celles qui ſont dues à des tiers, que de celles qui lui ſont dues, que juſqu'à concurrence du montant de la part qu'elle a dans les biens de la communauté : elle n'eſt donc obligée à faire confuſion que juſqu'à concurrence du montant de ladite part.

Suppoſons, par exemple, que la maſſe de la communauté étoit de trente mille livres, que les parties ont partagées ſans prélever au préalable les créances reſpectives qu'elles ont contre la communauté ; la part de chacune des parties aura été de 15000 livres. Suppoſons à préſent que la femme ſoit créanciere de la communauté d'une ſomme de 25000 livres, & le mari d'une ſomme de quarante mille livres ; la femme n'étant pas obligée à ſouffrir aucune compenſation ni aucune confuſion que juſqu'à concurrence de la ſomme de 15000 livres, elle demeurera créanciere de dix mille livres que ſon mari ſera tenu de lui payer ; au moyen de quoi, il ne reſtera plus que cinq mille livres au mari, pour ſe payer de ſa créance de quarante mille livres ; & la femme, par cette ſomme de dix mille livres, & par celle de quinze mille livres qu'elle a eu pour ſa part au partage de la communauté, ſera payée entiérement de ſa créance de 25000 livres.

Cette opération a le même effet que ſi on avoit pris la voie du prélevement ; car la créance de la femme devant être prélevée avant celle du mari, la femme ſur la maſſe de 30000 livres, en auroit prélevé 25000 livres pour ſe remplir de ſa créance, & il ne ſeroit plus reſté que 5000 livres pour la créance du mari.

705. Lorſqu'une des parties, par la liquidation, s'eſt trouvée débitrice envers la communauté d'une certaine ſomme, déduction faite de ce qui lui eſt dû par la communauté, elle en doit faire raiſon au partage des biens de la communauté.

Cela peut ſe faire de deux manieres ; la premiere eſt en ajoutant à la maſſe des biens de la communauté, la créance que la communauté a contre la partie débitrice, & en la lui précomptant ſur ſa part dans ladite maſſe.

Par exemple, ſi outre une créance de dix mille livres que la communauté a contre l'une des parties, les biens de ladite communauté montent à quatre-vingt-dix mille livres, en y ajoutant cette créance de dix mille livres, la maſſe montera à cent mille livres : c'eſt pour la moitié de chacune des parties cinquante mille livres, en précomptant à la partie débitrice ſur la part qu'elle doit avoir dans cette maſſe, la créance de dix mille livres que la

communauté a contre elle ; & en lui délivrant pour 40000 livres des autres effets de ladite maſſe, elle ſera remplie de ſes 50000 livres, & il en reſtera 50000 livres pour la part de l'autre partie.

La ſeconde maniere eſt, que ſans ajouter à la maſſe de la communauté, la créance de la ſomme de dix mille livres qu'elle a contre moi ; je laiſſe l'autre partie prélever avant partage ſur les 90000 livres, dont la maſſe eſt compoſée, une ſomme de dix mille livres, pareille à celle dont je ſuis débiteur envers la communauté, & que nous partagions enſuite les 80000 livres reſtants.

Suivant cette ſeconde maniere, j'aurai, comme dans la premiere opération, quarante mille livres, ma dette de 10000 livres acquittée, ce qui fait 50000 livres ; & l'autre partie aura pareillement 50000 livres ; ſçavoir, dix mille livres qu'elle a prélevé, & 40000 livres pour ſa moitié dans les 80000 livres, qui après le prélevement fait, étoient reſtées à partager.

S'il n'a pas été fait raiſon de cette dette lors du partage, je dois pour la moitié que j'ai dans les biens de la communauté, faire confuſion de la moitié de la dette de dix mille livres, dont je ſuis débiteur à la communauté, & payer 5000 livres à l'autre partie pour ſa moitié, ce qui revient au même que les deux opérations précédentes.

706. Lorſque les deux parties ſont chacune débitrices envers la communauté, *putà* l'une de ſix mille livres, & l'autre de quatre mille livres, elles peuvent pareillement s'en faire raiſon de deux manieres.

La premiere conſiſte à ajouter à la maſſe des biens qui ſont à partager, chacune des créances que la communauté a contre chacune des parties, & précompter à chacune des parties ſur ſa part, les créances que la communauté a contre elle.

La ſeconde maniere, qui revient au même, eſt de faire juſqu'à due concurrence, compenſation des ſommes dont chacune des parties eſt débitrice, & de faire enſuite prélever ſur la maſſe, par celle qui devoit le moins, une ſomme pareille à celle dont la partie qui devoit le plus, s'eſt trouvée débitrice après ladite compenſation faite.

Par exemple, la partie qui étoit débitrice d'une ſomme de quatre mille livres, prélevera ſur la maſſe une ſomme de deux mille livres, qui eſt pareille à la ſomme de 2000 livres, dont celle qui étoit débitrice de ſix mille livres, s'eſt trouvée débitrice après la compenſation faite de ſa dette avec la dette de quatre mille livres de l'autre partie.

Lorſque le partage s'eſt fait ſans que les parties ſe ſoient fait raiſon de leurs dettes reſpectives envers la communauté ; pour qu'elles s'en faſſent raiſon après le partage, on doit pareillement faire juſqu'à due concurrence, compenſation des ſommes dont chacune des parties étoit débitrice envers la communauté ; après quoi la partie qui devoit plus, doit pour la moitié qu'elle a dans les biens de la communauté, faire confuſion de la moitié de la ſomme dont elle eſt reſtée débitrice après ladite compenſation, & payer l'autre moitié de ladite ſomme à l'autre partie.

Par exemple, dans notre eſpece, la partie qui étoit débitrice de ſix mille livres, & qui après la compenſation de cette dette avec celle de

quatre mille livres, dont l'autre partie étoit débitrice, demeure encore débitrice d'une ſomme de deux mille livres, doit faire confuſion de mille livres, moitié de ladite ſomme de deux mille livres, & payer à l'autre partie mille pour l'autre moitié de ladite ſomme.

707. Quelquefois le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, au lieu de partager les conquêts de la communauté, conviennent entr'eux de les liciter.

La licitation eſt un acte qui tient lieu de partage, par lequel une choſe qui étoit commune & indiviſe entre deux ou pluſieurs parties, eſt adjugée pour le total, à celle des parties qui l'a portée à un plus haut prix, à la charge, par l'adjudicataire, de payer aux autres parties leur part dans le prix de l'adjudication.

708. Lorſque l'une des parties entre leſquelles les biens de la communauté ſont à partager, demande la licitation, l'autre partie peut l'empêcher & demander le partage, lorſque dans les biens qui ſont à partager, il y a pluſieurs corps d'héritages dont on peut faire deux lots, en chargeant le lot qui ſeroit le plus fort, d'un retour envers le lot le plus foible.

Même, dans le cas auquel les biens immeubles de la communauté ne conſiſteroient que dans un ſeul corps d'héritages; ſi cet héritage peut ſe partager commodément, c'eſt à-dire, ſans que le partage le déprécie; on peut encore empêcher la licitation, & demander le partage.

Lorſque les parties ne conviennent pas du fait ſi l'héritage peut ou non ſe partager commodément, le Juge en ordonne la viſite pour en connoître.

709. Un mineur ne peut pas demander la licitation des héritages de la communauté, puiſqu'il ne peut pas même en demander le partage définitif, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 695.

Mais la partie majeure peut donner la demande en licitation contre la partie mineure; le Juge néanmoins ne peut l'ordonner qu'après qu'il lui été juſtifié que l'héritage dont on demande la licitation, & qui eſt la ſeule choſe à partager entre les parties, eſt de nature à ne pouvoir être partagé, ſans que le partage le déprécie; le Juge pour s'en inſtruire, doit en ordonner la viſite, à moins qu'il ne ſoit évident par la qualité de l'héritage, qu'il ne peut pas ſe partager.

710. Lorſqu'il y a nne partie mineure, la licitation doit ſe faire à l'audience du Juge, elle doit être préalablement annoncée au public par des affiches & des publications, & on doit admettre les encheres de tous les étrangers qui voudront enchérir l'héritage licité.

Lorſque toutes les parties ſont majeures, la licitation ſe fait dans l'étude d'un Notaire, & les parties peuvent la faire entre elles, ſans y appeller les étrangers pour enchérir: ſi néanmoins l'une des parties, quoique majeure, demandoit que les encheres étrangeres fuſſent reçues, l'autre partie ne peut le refuſer; & on doit en ce cas, annoncer au public la licitation, par affiches & publications, aux frais de la communauté; autrement, une partie riche auroit un avantage ſur une partie pauvre, qui n'a pas le moyen d'enchérir, & ſe rendroit la maîtreſſe du prix: ce qui ſeroit une injuſtice manifeſte.

ARTICLE IV.

## ARTICLE IV.

### *De l'effet du partage des biens de la communauté ; & de la garantie qu'il produit.*

### §. I.

### *De l'effet du partage.*

711. Selon les principes de notre Juriſprudence Françoiſe, qui ſont différens en cela de ceux du Droit Romain, les partages ne ſont pas regardés comme des titres d'acquiſition, mais comme des actes qui n'ont d'autre effet que de déterminer la part indéterminée & indiviſe de chacun des copartageants dans les biens qui ſont à partager, aux ſeules choſes qui échéent par le partage aux lots reſpectifs de chacun d'eux.

Suivant ces principes, le partage des biens de la communauté qui ſe fait entre le mari ou ſes héritiers d'un part, & la femme ou ſes héritiers d'autre part, n'a d'autre effet que de déterminer la part indéterminée & indiviſe que chacune des parties a dans les biens de la communauté, aux ſeules choſes qui par le partage lui échéent en ſon lot.

En conſéquence, le mari eſt cenſé avoir acquis pour le compte de lui ſeul, & pour le remplir de ſa part dans la communauté, tous les conquêts échus en ſon lot, & en avoir été toujours ſeul propriétaire ſans en rien tenir de ſa femme, ni des héritiers de ſa femme; & il eſt cenſé, au contraire, n'avoir jamais été propriétaire en ſon propre nom pour aucune part de ceux échus au lot de ſa femme, ou des héritiers de ſa femme, & n'y avoir jamais eu d'autre droit que celui qu'il y a eu en ſa qualité de chef de la communauté, pendant le temps qu'elle a duré.

Pareillement, la femme eſt cenſée avoir acquis par le miniſtere de ſon mari pour le compte d'elle ſeule, & pour la remplir de ſa part en la communauté, tous les effets échus en ſon lot, & en avoir été ſeule propriétaire depuis le temps des acquiſitions, ſans en rien tenir de ſon mari, & au contraire, n'avoir jamais eu de part dans ceux échus au lot du mari.

712. A l'égard des propres ameublis, lorſqu'ils tombent par le partage au lot de la partie qui a fait l'ameubliſſement, elle eſt cenſée en avoir toujours été ſeule propriétaire au même titre auquel elle l'étoit lorſqu'elle les a apportés à la communauté.

Lorſque les propres ameublis par l'une des parties, tombent au lot de l'autre partie, la partie au lot de laquelle ils ſont tombés par le partage, eſt cenſée les avoir acquis dès le temps qu'ils ont été apportés à la communauté, & en avoir été ſeule propriétaire depuis ce temps.

713. La licitation eſt un acte qui tient lieu de partage, lorſque c'eſt une des parties licitantes qui ſe rend adjudicataire de l'héritage licité; elle a en ce cas le même effet que le partage. La partie qui s'eſt rendue adjudicataire de l'héritage licité, quand même cet héritage auroit ſeul compoſé tout le bien immeuble de la communauté, eſt cenſée ne rien tenir

de l'autre partie dans l'héritage dont elle s'eſt rendue adjudicataire par la licitation, & en avoir toujours été propriétaire pour le total, à la charge de payer à l'autre partie ſa part du prix de la licitation.

L'autre partie licitante qui ne s'eſt pas rendue adjudicataire, eſt cenſée n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage adjugé par la licitation; elle avoit bien une part indiviſe dans l'univerſalité des biens immeubles de la communauté, laquelle part étoit un droit immobilier: mais l'univerſalité des biens immeubles de la communauté étant quelque choſe de diſtingué par l'entendement des individus qui la compoſent, cette part dans l'univerſalité, n'a jamais été une part déterminée à aucun des individus qui la compoſoient; & par la licitation, cette part ne s'eſt déterminée à aucun héritage, mais ſeulement à la portion du prix qui revient à cette partie dans le prix de la licitation; & en conſéquence, elle eſt cenſée n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage licité.

Lorſque c'eſt une des parties licitantes qui s'eſt rendue adjudicataire, il n'importe que les encheres étrangeres aient été reçues, la licitation n'en eſt pas moins regardée comme n'étant qu'un acte qui tient lieu de partage; mais lorſque c'eſt un étranger qui s'eſt rendu adjudicataire, il n'eſt pas douteux en ce cas, que la licitation eſt une véritable vente de l'héritage qui a été faite par les parties licitantes à cet étranger adjudicataire.

714. Lorſque l'une des parties a vendu à l'autre ſa part indiviſe dans tous ou dans quelqu'un des conquêts de la communauté; cet acte quoique conçu dans la forme & dans les termes d'une vente, eſt réputé n'être autre choſe qu'un acte diſſolutif de la communauté qui étoit entre elles par rapport à ces conquêts; les parties ſont cenſées s'être exprimées improprement, en diſant que l'une vendoit à l'autre ſa part dans leſdits conquêts, & n'avoir voulu autre choſe que déterminer le droit indivis que chacune avoit dans leſdits conquêts; ſçavoir le droit de l'une au total deſdits conquêts, & le droit de l'autre à la ſomme, que celui à qui les héritages demeurent pour le total, s'oblige de lui payer.

Voyez ſur la nature & les effets des partages, licitations & autres actes qui en tiennent lieu, ce que nous en avons dit en notre Traité du Contrat de Société.

## §. II.

### *De l'obligation de garantie que produit le partage.*

715. Les partages ſont des actes dans leſquels l'égalité eſt requiſe plus que dans tous les autres actes; quoique dans les contrats commutatifs qui ſe paſſent entre majeurs, dans leſquels il n'eſt intervenu ni dol ni violence, il n'y ait lieu à la reſciſion du contrat pour la ſeule cauſe de léſion, que lorſque la partie léſée qui ſe plaint du contrat, l'a été de plus de moitié de ce qu'elle devoit avoir; au contraire, quoiqu'un acte de partage ait été paſſé entre majeurs, & qu'il n'y ſoit intervenu aucun dol ni violence, il ſuffit pour que le partage ſoit ſujet à reſciſion, que la partie qui ſe plaint du partage, ait été léſée au delà ſeulement du quart de ce qui doit lui revenir par le partage.

Suivant ce principe, lorſque le ſurvivant de deux conjoints par mariage, & les héritiers du prédécédé, ont partagé les biens de la communauté ; ſi l'une des parties a été léſée par ce partage, *putà*, parce que les effets dont la maſſe étoit compoſée, n'ont pas été eſtimés dans la même proportion, ceux échus en ſon lot ayant été eſtimés trop cher, & ceux du lot de l'autre partie, l'ayant été à trop vil prix, elle ſera bien fondée à demander la reſciſion du partage, pourvu qu'elle prouve que cette léſion excede le quart de ce qui devoit lui revenir par le partage.

Pour être reçu à cette action reſciſoire, il faut ſe pourvoir par lettres de reſciſion obtenues en la Chancellerie du Palais, dans les dix ans depuis le partage.

716. La même raiſon d'égalité qui doit régner dans les partages, produit auſſi entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé qui ont partagé les biens de la communauté, une obligation réciproque de garantie des effets tombés en leurs lots reſpectifs, par laquelle chacune des parties s'oblige envers l'autre de la garantir des évictions qu'elle pourroit ſouffrir depuis le partage, à l'égard de quelqu'un des effets échus à ſon lot.

Il eſt évident que par l'éviction que l'une des parties ſouffre de quelqu'un des effets échus à ſon lot, l'égalité qui doit régner dans les partages, ſeroit bleſſée, ſi l'autre partie ne lui en faiſoit pas raiſon pour ſa part. Suppoſons par exemple, que le ſurvivant & l'héritier du prédécédé aient partagé chacun par moitié les biens de la communauté dont la maſſe montoit à cent mille livres, & qu'il ſoit échu au lot du ſurvivant, une maiſon couchée pour dix mille livres, dont il a été, depuis le partage, évincé par un tiers, il eſt évident que l'égalité eſt bleſſée, puiſque par cette éviction, ſon lot eſt reduit à 40000 livres, pendant que le lot de l'héritier du prédécédé qui n'a pas ſouffert d'éviction, eſt de 50000 livres ; il faut donc pour rétablir l'égalité que l'héritier du prédécédé, pour la moitié qu'il avoit au partage des biens de la communauté, faſſe raiſon au ſurvivant de la moitié de la ſomme de dix mille livres, pour laquelle la maiſon dont il a été évincé, lui avoit été donnée en partage ; par ce moyen l'égalité eſt rétablie, le lot de l'héritier du prédécédé ſera reduit à 45000 livres, & celui du ſurvivant, compoſé de 40000 livres qui lui reſtent, & des 5000 livres que ledit héritier lui retourne, ſera pareillement de 45000 livres.

717. Les évictions dont les copartageans ſont garans l'un envers l'autre, ſont celles dont il y avoit une cauſe, ou du moins un germe exiſtant dès le temps du partage.

Par exemple, ſi dans le partage des biens de la communauté qui a été fait entre le ſurvivant & l'héritier du prédécédé, il eſt échu au lot de l'une des parties un héritage qui étoit hypothéqué à un tiers ; & que depuis le partage, la partie au lot de laquelle l'héritage étoit échu, en ait été évincée ſur une action hypothécaire du créancier qui avoit ce droit d'hypotheque, l'autre partie ſera garante envers elle de cette éviction ; car le droit d'hypotheque qu'avoit le créancier ſur l'héritage, & qui a été la cauſe de l'éviction, exiſtoit avant le partage.

Pareillement, lorſqu'une perſonne qui n'avoit point d'enfans, m'a fait, durant la communauté avec ma femme, donation d'un héritage, lequel eſt entré en ma communauté, & qui depuis par le partage que j'ai fait avec l'héritier de ma femme, des biens de cette communauté, eſt échu au lot de cet héritier; ſi depuis le partage il eſt ſurvenu un enfant au donateur, par la ſurvenance duquel la donation a été révoquée, & l'héritier de ma femme au lot duquel l'héritage eſt échu, en a été évincé, je ſuis garant envers lui de cette éviction; car la condition tacite de révocation en cas de ſurvenance d'enfans, que renfermoit la donation qui m'a été faite, eſt le germe qui a produit l'éviction que l'héritier de ma femme a ſouffert de cet héritage; & ce germe eſt antérieur au partage.

718. Quoique la cauſe de l'éviction que l'une des parties a ſoufferte depuis le partage, ſoit antérieure au partage; ſi cette éviction eſt une eſpece d'éviction, dont la partie qui l'a ſoufferte a été chargée par le partage, il n'y a pas lieu à la garantie.

Par exemple, ſi on a déclaré par le partage, qu'un héritage compris dans la maſſe des conquêts de la communauté, étoit reverſible à des tiers, au bout d'un certain temps; ou en cas d'exiſtence, d'une certaine condition, la partie au lot de laquelle l'héritage eſt échu, n'aura aucun recours de garantie pour l'éviction qu'elle aura ſoufferte par l'expiration du temps, au bout duquel, ou par l'exiſtence de la condition ſous laquelle cet héritage étoit reverſible; car par la déclaration qui a été faite au partage, que cet héritage étoit reverſible au bout de ce temps, ou par l'exiſtence de cette condition, la partie au lot de laquelle il eſt échu, a été chargée de cette eſpece d'éviction; la partie évincée ne ſouffre en cela aucune léſion par le partage: car la ſomme pour laquelle l'héritage lui a été donné par le partage, n'eſt le prix que de ce que l'héritage valoit, eu égard à cette charge, & non pas le prix qu'il eût valu, ſi le droit que la communauté y avoit, eût été un droit de propriété perpétuelle.

Mais ſi la partie qui a été chargée de cette eſpece d'éviction, avant la reverſion, ſouffroit éviction de l'héritage pour une autre cauſe, dont elle n'auroit pas été chargée, il y auroit lieu à la garantie.

Pareillement, ſi l'héritage échu à l'une des parties, étoit reverſible au bout d'un temps, plus court que celui déclaré par le partage; l'autre partie doit lui faire raiſon pour ſa portion, de ce que l'héritage eût dû être eſtimé de moins.

719. Il n'y a pas lieu à la garantie, lorſque l'éviction que l'une des parties a ſoufferte de quelqu'une des choſes échues en ſon lot, procede d'une cauſe qui n'eſt ſurvenue que depuis le partage. Par exemple, ſi on a pris à l'une des parties pour faire un chemin public, une mine de terre échue en ſon lot de partage; quand même elle n'auroit pu obtenir du fiſc aucune indemnité, elle n'aura pour cette éviction, dont la cauſe n'eſt ſurvenue que depuis le partage, aucun recours de garantie contre l'autre partie; la raiſon eſt, que depuis le partage, les choſes échues aux lots reſpectifs, ſont aux riſques de chacune des parties à laquelle elles ſont échues; la choſe n'étant devenue que depuis le partage, ſujette à l'éviction que la partie a

soufferte; n'étant point, lors du partage, sujette à cette éviction, le partage n'a renfermé aucune inégalité qui puisse donner lieu à la garantie.

720. La garantie à laquelle donne lieu l'éviction que l'une des parties a soufferte, pour une cause antérieure au partage, n'ayant d'autre objet que le rétablissement de l'égalité, qui se trouve blessée par cette éviction, la partie qui est tenue de la garantie envers celle qui a souffert l'éviction, n'est obligée envers elle à autre chose, qu'à lui faire raison, pour sa portion, de la somme pour laquelle la chose, dont elle a été évincée, lui avoit été donnée en partage, comme nous l'avons vu *supra*, *n.* 716.

Il suit de ce principe, que pour régler l'obligation de cette garantie, on n'a égard qu'à la somme pour laquelle la chose a été donnée en partage à la partie qui en a été depuis évincée, quand même cette chose seroit d'une beaucoup plus grande valeur, au temps de l'éviction; en cela cette garantie est différente de celle qui naît d'un contrat de vente, ou d'un autre contrat commutatif; la raison de cette différence est que celle-ci n'naît de l'obligation que le vendeur contracte envers l'acheteur, de lui faire avoir à toujours, la chose qu'il lui a vendue *præstare emptori rem habere licere*: cette obligation renferme, *omne quod emptoris interest quominus rem habere liceat;* ce qui comprend tout ce que la chose vaut au temps de l'éviction, de plus que le prix pour lequel elle a été vendue.

Au contraire, des copartageans ne contractent point l'un envers l'autre une obligation précise, *præstare invicem rem habere licere;* ils ne s'obligent à autre chose qu'à rétablir l'égalité, si par la suite elle se trouvoit blessée par les évictions qui surviendroient. Nous avons expliqué plus au long, selon les principes de Dumoulin, en notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 632, la différence de ces deux especes de garantie.

721. L'obligation de garantie que les copartageans contractent réciproquement l'un envers l'autre par le partage, ne s'étend pas seulement aux évictions, elle s'étend aussi aux charges réelles auxquelles quelqu'héritage compris au partage, étoit dès-lors sujet, & qui n'ont pas été déclarées par le partage; cette garantie oblige la partie qui en est tenue, à faire raison pour sa portion, à celle au lot de laquelle est échu l'héritage sujet à cette charge, de ce qu'il auroit été estimé de moins par rapport à cette charge, si elle eût été déclarée.

Il faut excepter de cette garantie, les charges qui sont de droit commun, telles que sont celles des droits seigneuriaux; ces héritages échus aux lots respectifs des parties, étant censés leur avoir été donnés en partage à ces charges, quoiqu'elles n'aient pas été exprimées. Voyez notre Traité du Contrat de Vente, *Part.* 2, *ch.* 1, *sect.* 3, §. 1.

Il faut pareillement excepter de cette garantie des charges réelles, les servitudes visibles; la présomption étant que n'ayant pu être ignorées de ceux qui ont fait l'estimation de l'héritage sujet à la servitude, l'héritage aura été estimé eu égard à cette charge.

722. L'obligation de garantie qui naît du partage, s'étend aussi aux vices rédhibitoires de quelques-unes des choses comprises au partage, qu'on n'a pas déclaré; elle oblige la partie tenue de cette garantie, à faire raison pour

ſa part, à celle à qui ſont échues par le partage les choſes qui ont ces vices, de ce qu'elles auroient été eſtimées de moins qu'elles ne l'ont été, ſi ces vices euſſent été connus lors du partage.

723. Enfin, dans le partage des biens de la communauté qui ſe fait entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, de même que dans les autres partages, la garantie s'étend à l'inſolvabilité des débiteurs des créances & des rentes compriſes au partage.

Obſervez à cet égard une différence entre les créances de ſommes exigibles, & les rentes.

La partie à qui eſt échue en partage une créance d'une ſomme exigible, n'a de recours de garantie, pour l'inſolvabilité du débiteur, que lorſque le débiteur, ou étoit déja inſolvable au temps du partage, ou l'eſt devenu avant l'expiration du temps qui étoit néceſſaire à la partie à qui la créance eſt échue, pour s'en faire payer; & elle doit juſtifier cette inſolvabilité par des diligences par elle faites avant l'expiration de ce temps contre le débiteur.

Si l'inſolvabilité n'eſt ſurvenue que depuis, elle n'a aucun recours de garantie; elle doit s'imputer à elle-même de ne s'être pas fait payer pendant que le débiteur étoit encore ſolvable; ſon copartageant ne doit pas ſouffrir de la négligence qu'elle a eu à ſe faire payer.

Au contraire, comme cette raiſon ne milite pas à l'égard des rentes, le créancier ne pouvant pas exiger le principal; en quelque temps que ſurvienne l'inſolvabilité du débiteur de la rente, fût-ce plus de cent ans après le partage, la partie au lot de laquelle elle eſt échue, ou ſes repréſentans, ont un recours de garantie contre l'autre partie, ou ſes repréſentans, pourvu néanmoins que ce ne ſoit pas par la faute de la partie à qui la rente eſt tombée en partage, ou par celle de ſes repréſentans, que la rente eſt devenue caduque, *putà* en laiſſant éteindre les hypotheques dont la rente étoit accompagnée, faute d'interrompre les preſcriptions, ou de s'oppoſer aux décrets des héritages hypothéqués, ſur le prix deſquels le créancier de la rente eût pu être utilement colloqué, s'il eût formé ſon oppoſition.

Cette garantie dont je ſuis tenu envers mon copartageant, au lot duquel la rente devenue caduque, eſt tombée, ne m'oblige pas préciſément à lui payer pour ma part, la ſomme pour laquelle cette rente lui a été donnée en partage; mais ſeulement à la lui continuer pour ma part, ſi mieux je n'aime lui payer pour ma part, la ſomme pour laquelle elle lui a été donnée en partage; & je dois auſſi, en l'un & l'autre cas, lui payer pour ma part les arrérages dont il n'a pu être payé par le débiteur.

Cette eſpece de garantie qui a lieu dans les partages, qui s'étend juſqu'à garantir la ſolvabilité des débiteurs des rentes, ou autres créances compriſes au partage, a, quant à cela, plus d'étendue que celle qui naît d'un contrat de vente; car comme nous l'avons vu en notre Traité du Contrat de vente, *part. 6, chap. 4, art. 3*, le vendeur d'une rente ou autre créance, n'eſt point, par la nature du contrat, garant de la ſolvabilité du débiteur, s'il ne s'y oblige par une clauſe particuliere. La grande égalité qui doit régner dans les partages, y a fait introduire cette eſpece de garantie.

On oppoſera peut-être que la grande égalité qui doit régner dans les

partages, peut bien exiger que les copartageans ſoient réciproquement garans de la ſolvabilité préſente des débiteurs des rentes & autres créances échues en leurs lots reſpectifs ; parce qu'une rente ou autre créance, dont le débiteur étoit déja inſolvable dès le temps du partage, n'étant pas dès-lors de la valeur de la ſomme pour laquelle elle a été donnée en partage à l'une des parties, le partage contiendroit une inégalité, ſi l'autre partie, à qui il n'eſt échu que de bons effets, n'en étoit pas garante envers elle.

Mais il ſemble que la garantie de la ſolvabilité future de ces débiteurs, ne ſoit pas néceſſaire pour l'égalité qui doit régner dans les partages ; car il ſuffit que le débiteur de la créance échue en mon lot, ait été ſolvable au temps du partage, pour que cette créance ait valu alors la ſomme pour laquelle elle m'a été donnée en partage, & pour qu'il y ait eu par conſéquent égalité dans le partage.

La garantie de la ſolvabilité future, n'eſt donc pas, dira-t-on, néceſſaire pour l'égalité qui doit régner dans les partages ; au contraire, elle paroit, dira-t-on, oppoſée à un autre principe, qui eſt que depuis le partage, les choſes échues aux lots reſpectifs de chacun des copartageans, ſont aux riſques de celui au lot duquel elles ſont tombées. Si, ſuivant ce principe, je n'ai aucun recours de garantie contre mon copartageant, pour les accidens de force majeure ſurvenus depuis le partage, tels que le feu du ciel, un tremblement de terre, & autres ſemblables, qui ont détruit une maiſon échue en mon lot, pourquoi mon copartageant en aura-t-il un contre moi, pour l'inſolvabilité du débiteur, qui a réduit à rien la créance échue dans ſon lot, lorſque cette inſolvabilité eſt un accident, qui n'eſt pareillement ſurvenu que depuis le partage ?

La réponſe à cette objection, eſt qu'il y a une différence entre les choſes corporelles, telle qu'eſt une maiſon, un pré, un bateau, *&c.* & des créances ; les choſes corporelles ont en elles-mêmes ſeules tout ce qu'elles ont de réalité ; c'eſt pourquoi lorſqu'une maiſon, par exemple, eſt échue par le partage en mon lot, en recevant cette maiſon par la délivrance qui m'en eſt faite par le partage, j'ai reçu toute la choſe & toute la réalité de la choſe échue en mon lot ; je ne puis donc avoir aucune action de garantie, pour raiſon de cette maiſon, pourvu que je n'en ſois pas évincé par une cauſe antérieure au partage ; au contraire, une créance étant une choſe qui ne ſubſiſte que dans l'entendement, tout ce qu'elle a de réalité conſiſte dans la choſe dûe qui en fait l'objet ; c'eſt cette choſe dûe qu'on conſidere dans la créance, & qui en fait toute la réalité D'où il ſuit, que lorſqu'une créance échet par le partage au lot de l'un des copartageans, ce copartageant ne reçoit ce qu'il y a de réalité dans la créance qui lui eſt échue en partage, que lorſque par le paiement qui lui en eſt fait, il reçoit la choſe dûe qui étoit l'objet de cette créance & qui en faiſoit la réalité ; ſi donc par l'inſolvabilité du débiteur, quoiqu'elle ne ſoit ſurvenue que depuis le partage, il n'a pu en être payé, il doit avoir recours de garantie, comme n'ayant pas reçu ce qui faiſoit la réalité de la choſe échue en ſon lot, pourvu néanmoins que ce ne ſoit pas par ſa faute qu'il ne l'ait pas reçu, ayant eu un tems ſuffiſant pour ſe faire payer pendant que le débiteur étoit ſolvable.

Pareillement, les rentes conſtituées étant des êtres ſucceſſifs, qui ne ſubſiſtent que dans l'entendement, & dont toute la réalité conſiſte dans les ſommes d'argent que le créancier de la rente reçoit pour les arrérages, & dans celle qu'il reçoit pour le rachat, quand le débiteur veut en arrêter le cours; la partie à qui une rente eſt échue en partage, eſt cenſée n'avoir pas reçu ce qui fait la réalité de la choſe échue en ſon lot, lorſque par l'inſolvabilité du débiteur de la rente, en quelque temps qu'elle ſurvienne, il ne peut plus recevoir ni les arrérages ni le principal de ſa rente, & il doit en conſéquence y avoir lieu à la garantie.

724. L'obligation reciproque de garantie que les copartageans contractent, étant de la nature des partages, mais n'étant pas de leur eſſence, le ſurvivant & les héritiers du prédécédé qui partagent les biens de la communauté, peuvent ſe décharger de cette garantie, ſoit par une clauſe apoſée au partage, ſoit par une convention intervenue entre elles depuis le partage.

Les parties peuvent auſſi reſtreindre & modifier cette garantie, *putà*, en convenant qu'elles ſeront bien garantes des évictions des choſes échues aux lots reſpectifs; mais qu'elles ne ſeront pas garantes des caducités des rentes qui ſurviendront depuis le partage; ou en convenant que la garantie n'aura lieu que juſqu'à un certain temps.

Ces conventions néanmoins ne ſont valables qu'autant qu'elles ſont faites de bonne foi. Si l'une des parties qui ont eu cette convention, avoit connoiſſance de la cauſe qui donnoit lieu de craindre l'éviction de quelqu'une des choſes compriſes au partage, & qu'elle eût diſſimulé cette connoiſſance à l'autre partie à qui cette choſe eſt échue par le partage, ce ſeroit un dol qui rendroit la convention vicieuſe; & la partie qui par la ſuite ſouffriroit l'éviction de cette choſe, pourroit ſe pourvoir par lettres de reſciſion contre la convention par laquelle les parties ſe ſont déchargées de la garantie des évictions.

725. De ces obligations de garantie, naît une action de garantie que chacune des parties a contre ſon copartageant, & pour laquelle elle a une hypothéque privilégiée ſur les biens compris au partage, & échus au lot de ſon copartageant.

De plus, lorſque le partage a été fait par acte devant Notaires, elle a une hypothéque générale ſur tous les biens de ſon copartageant, du jour de l'acte de partage.

CINQUIEME

# CINQUIEME PARTIE.

## *Comment le Mari & la Femme, & leurs héritiers ſont-ils tenus des dettes de la Communauté après la diſſolution.*

726. LE mari ou ſes héritiers, & la femme ou ſes héritiers, après la diſſolution de la communauté, ſont entr'eux tenus de toutes les dettes de la communauté, de quelque côté qu'elles procedent, chacun par moitié; ſçavoir, le mari ou ſes héritiers, pour une moitié, & la femme ou ſes héritiers, pour l'autre moitié, ſauf néanmoins que la femme ou ſes héritiers n'en ſont tenus que juſqu'à concurrence du montant de ce que ladite femme ou ſes héritiers, ont eu des biens de la communauté; de maniere que ſi ce qu'ils en ont eu, ne ſuffit pas pour acquitter cette moitié des dettes, le mari ou ſes héritiers ſont tenus d'acquitter le ſurplus.

Nous verrons dans les deux premiers articles de ce Chapitre, comment ils en ſont tenus envers les créanciers : 1°. à l'égard du mari ou de ſes héritiers : 2°. à l'égard de la femme ou de ſes héritiers. Nous traiterons dans un troiſieme article, du privilege qu'ont la femme ou ſes héritiers de n'être tenus des dettes que juſqu'à concurrence de ce qu'ils ont amendé des biens de la communauté. Nous traiterons dans un quatrieme article, de l'action hypothécaire qui a lieu contre la femme, comme détentrice des conquêts. Enfin, dans un cinquieme article, nous traiterons des indemnités reſpectives que le mari & la femme ont l'un contre l'autre, pour raiſon deſdites dettes.

### ARTICLE PREMIER.

#### *Comment le Mari ou ſes héritiers ſont-ils tenus des dettes de la communauté après la diſſolution.*

727. Lorſque le mari a contracté des dettes avant ſon mariage, leſquelles ſont depuis tombées dans ſa communauté, il n'eſt pas douteux qu'il en demeure toujours débiteur pour le total, envers les créanciers envers qui il les a contractées, de même qu'il l'étoit avant ſon mariage, & avant qu'elles fuſſent tombées dans la communauté; car la communauté de biens qu'il a contractée avec ſa femme, & dans laquelle leſdites dettes ſont tombées, eſt une choſe étrangere aux créanciers, qui n'a pu diminuer le droit qu'ils ont contre la perſonne du mari qui s'eſt perſonnellement obligé envers eux.

728. Il en eſt de même des dettes des ſucceſſions qui lui ſont échues, ſoit avant, ſoit depuis ſon mariage. Quoique ces dettes ſoient tombées dans ſa communauté, quoique tous les biens deſdites ſucceſſions y ſoient tom-

bés, il ne laisse pas d'être tenu envers eux pour le total, de tout ce dont il s'est rendu débiteur envers eux en acceptant la qualité d'héritier; car la communauté de biens, dans laquelle il a porté lesdites dettes & même les biens desdites successions, ne détruit point & n'altere en rien sa qualité d'héritier & de successeur *in universum jus defuncti*, qui est inséparable de sa personne, & qui le rend débiteur desdites dettes.

Il en est de ce cas, comme de celui auquel un héritier fait un transport à quelqu'un, de ses droits successifs; ce transport ne le décharge pas envers les créanciers de la succession, parce que sa qualité d'héritier qui l'en rend débiteur, demeure toujours, nonobstant le transport, en sa personne, dont elle est inséparable, comme nous l'avons vu en notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 529.

729. A l'égard des dettes que le mari a contractées durant la communauté, on a autrefois agité la question, si le mari en demeuroit débiteur pour le total, envers les créanciers après la dissolution de la communauté, ou s'il n'en étoit plus débiteur que pour moitié? Bacquet, *Traité des Droits de Justice*, estime qu'il n'en est plus débiteur que pour moitié; il se fonde sur ce que le mari, toutes les fois qu'il contracte pendant que la communauté dure, est, selon lui, censé contracter seulement en sa qualité de commun & de chef de la communauté, qui l'oblige bien pour le total, envers les créanciers, pendant que sa qualité dure, c'est-à-dire, pendant tout le temps que dure la communauté; mais cette qualité s'évanouissant par la dissolution de communauté, & le mari n'étant plus que commun pour moitié, Bacquet en concluoit qu'il n'étoit plus tenu de ces dettes que pour cette moitié. L'opinion contraire a prévalu, & il n'est pas douteux aujourd'hui que vis-à-vis des créanciers, le mari demeure, après la dissolution de la communauté, débiteur pour le total, des dettes qu'il a contractées pendant le temps qu'a duré la communauté. L'opinion de Bacquet portoit sur un faux principe: il n'est pas vrai que le mari dans les contrats qu'il fait, pendant que la communauté dure, contracte seulement en sa qualité de commun & de chef de la communauté; il contracte aussi en son propre nom; tous ceux qui contractent, sans exprimer en quelle qualité, étant censés contracter en leur propre nom, les personnes qui contractent avec lui, considerent en lui, en contractant, sa propre personne plus que sa qualité qu'il a de commun, *ejus solius fidem sequuntur.*

Cela est sans difficulté, lorsque le mari a contracté seul. En seroit-il de même s'il s'étoit obligé, conjointement avec sa femme, envers quelqu'un, sans aucune expression de solidité? Seroit-il en ce cas débiteur pour le total envers le créancier après la dissolution de la communauté? La raison de douter, est que s'il se fut obligé conjointement avec toute autre personne que sa femme, envers quelqu'un, sans expression de solidité, il seroit censé n'e s'être obligé que pour sa part: néanmoins on décide communément que même en ce cas auquel le mari s'est obligé conjointement avec sa femme, sans expression de solidité, il est censé s'être obligé pour le total, & il demeure après la dissolution de communauté, débiteur du total envers le créancier; la raison est que lorsqu'on fait intervenir une femme à l'obliga-

tion du mari, l'intention des parties eſt de procurer une plus grande ſureté au créancier, plutôt que de partager & diminuer l'obligation du mari.

730. A l'égard des dettes de la communauté que le mari n'a pas lui-même contractées, mais qui procedent du chef de la femme, telles que ſont celles qu'elle a contractées avant ſon mariage, & celles des ſucceſſions qui lui ſont échues durant la communauté, dans laquelle les biens & les dettes deſdites ſucceſſions ſont tombés; il y en a qui penſent que le mari ayant été débiteur pour le total de ces dettes envers les créanciers, en ſa qualité de chef de la communauté, il continue de l'être après la diſſolution de communauté; je penſe au contraire que le mari n'ayant pas lui même contracté ces dettes, n'en ayant été débiteur qu'en ſa qualité de chef & ſeigneur de la communauté, cette qualité venant à ſe reſtreindre par la diſſolution de la communauté, (lorſqu'elle eſt acceptée par les héritiers de la femme) à celle de commun pour moitié, il ne doit plus demeurer débiteur que pour moitié envers les créanciers; ſauf que ſi les biens de la communauté échus par le partage aux héritiers de la femme, n'étoient pas ſuffiſans pour acquitter l'autre moitié, il ſeroit encore tenu envers les créanciers, de ce qui s'en manqueroit, comme il l'eſt envers leſdits héritiers.

C'eſt la différence qu'il y a entre les dettes qu'on contracte en une certaine qualité, & celles qu'on contracte en ſon propre nom; celles-ci ne s'aboliſſent point juſqu'à ce qu'elles ſoient acquittées, *cùm nemo propriam perſonam exuere poſſit;* au contraire, celles qu'on contracte en une certaine qualité, ne ſubſiſtent qu'autant & pour la part pour laquelle ſubſiſte la qualité en laquelle elles ont été contractées. Nous avons rapporté un exemple de cette différence en notre Traité des Obligations, *n.* 381. Nous y avons vu que lorſqu'un mineur s'eſt fait reſtituer contre une obligation qu'il a contractée en ſon propre nom, ſes fidéjuſſeurs ne ſont pas déchargés, parce que le bénéfice de la reſtitution n'a pu détruire l'obligation qu'il a contractée en ſon propre nom; ce bénéfice lui donne ſeulement une exception contre l'action qui en naît, laquelle exception lui étant perſonnelle, ne peut paſſer à ſes fidéjuſſeurs. Au contraire, lorſqu'un mineur a contracté une obligation en une qualité d'héritier qu'il avoit & qu'il s'eſt fait reſtituer contre l'acceptation qu'il a faite de la ſucceſſion, la qualité d'héritier, en laquelle il avoit contracté cette obligation, étant détruite par la reſtitution, cette obligation ne ſubſiſte plus, ni celle de ſes fidejuſſeurs, qui ne peut ſubſiſter ſans l'obligation principale.

La Coutume de Melun a une diſpoſition conforme à notre avis: il y eſt dit, *art.* 216: *le mari eſt tenu de toutes les dettes mobiliaires qu'elle* (ſa femme) *devoit auparavant le mariage, deſquels il peut être valablement pourſuivi pour le tout durant le mariage, & icelui diſſolu pour la moitié ſeulement.* C'eſt auſſi l'avis de Lebrun, *liv.* 2, *ch.* 3, *ſect.* 1, *n.* 18.

Tout ce que nous avons dit de la maniere dont le mari eſt tenu des différentes dettes de la communauté envers les créanciers, doit s'appliquer à ſes héritiers.

## Article II.

*Comment la Femme ou ſes héritiers ſont-ils tenus des dettes de la communauté envers les créanciers.*

731. La femme, après la diſſolution de la communauté, ſoit qu'elle accepte la communauté, ſoit qu'elle y renonce, continue d'être débitrice pour le total envers les créanciers, des dettes de la communauté qui procedent de ſon chef, c'eſt-à-dire, de celle qu'elle a elle-même contractée, ſoit avant, ſoit depuis le mariage, & de celles des ſucceſſions qui lui ſont échues.

Les raiſons que nous avons expoſées à l'égard du mari, *ſuprà*, *n.* 734 & 735, s'appliquent pareillement à cet égard à la femme.

732. Lorſque la femme, pendant le mariage, n'a pas contracté ſeule, mais conjointement avec ſon mari, ſans expreſſion de ſolidité, quoique le mari ſoit cenſé en ce cas s'être obligé pour le total, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 736. La femme n'eſt cenſée s'être obligée que pour moitié, & n'eſt débitrice envers le créancier que pour moitié.

Au reſte, elle eſt tenue envers le créancier, même en cas de renonciation à la communauté. S'étant une fois obligée en ſon propre nom, rien ne peut la diſpenſer d'acquitter ſon obligation; pas même la caſſation de ſon mariage qui ſeroit depuis intervenue; Arrêt du 2 Juillet 1709, rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage.

733. A l'égard de toutes les autres dettes de la communauté que la femme n'a pas elle-même contractées, & dont elle n'eſt tenue qu'en ſa qualité de commune; la femme après la diſſolution de communauté qu'elle a acceptée, n'en eſt débitrice que pour moitié envers les créanciers.

Elle n'eſt même débitrice de cette moitié que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la communauté, comme nous allons le voir en l'article ſuivant.

Tout ce que nous avons dit de la femme, s'applique à ſes héritiers.

## Article III.

*Du privilege qu'ont la femme ou ſes héritiers, de n'être tenus des dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'ils en ont amendé.*

734. Le mari ayant, pendant le mariage, en ſa qualité de chef de la communauté, le pouvoir d'en diſſiper les biens & de les charger de dettes, ſans la participation de ſa femme, & ſans qu'elle puiſſe l'empêcher, la Juriſprudence a pourvu à la conſervation des propres de la femme, en ne permettant pas que le mari pût les entamer par les dettes de la communauté.

Pour cet effet, elle a accordé à la femme & à ſes héritiers, deux eſpeces, de bénéfices; 1°. celui de pouvoir renoncer à la communauté pour ſe décharger des dettes de la communauté. Nous en avons parlé *ſuprà*, *part.* 3,

*ch.* 2, *art.* 2; 2°. de n'être tenue même en cas d'acceptation de la communauté, que juſqu'à concurrence des biens qu'ils ont eu de la communauté. C'eſt ſur cette Juriſprudence qu'a été formé l'*art.* 228 de la nouvelle Coutume de Paris, où il eſt dit : « le mari ne peut par contrat & obligation » faite devant ou durant le mariage, obliger ſa femme ſans ſon conſente- » ment, plus avant que juſqu'à la concurrence de ce qu'elle ou ſes héritiers » amendent de la communauté, pourvu toutes fois qu'après le décès de » l'un des conjoints, ſoit fait loyal inventaire, & qu'il n'y ait fraude ni » faute de la part de la femme ou de ſes héritiers.

Notre Coutume d'Orléans a une pareille diſpoſition à la fin de l'article 187.

Ce privilege a lieu, même dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées, ſuivant les Arrêts rapportés par Brodeau ſur Loüet, *lettre* C, *ch.* 54.

Nous verrons ſur ce privilege, 1°. en quoi il differe du bénéfice d'inventaire qui eſt accordé à des héritiers pour accepter une ſucceſſion ſuſpecte : 2°. vis-à-vis de quelles perſonnes, & à l'égard de quelles dettes il a lieu. 3°. Sous quelles conditions. 4°. Nous traiterons du compte que doivent aux créanciers la femme ou ſes héritiers pour jouir de ce privilege.

## §. I.

### *En quoi conſiſte ce privilege ; & en quoi il differe de celui du bénéfice d'inventaire.*

735. Ce privilege conſiſte dans la faculté que la femme ou ſes héritiers ont de ſe décharger des dettes de la communauté, en comptant de ce qu'ils en ont amendé, & en abandonnant tout ce qui leur en reſte.

Cet abandon ne détruit pas néanmoins dans la femme, la qualité de commune, ni dans ſes héritiers; c'eſt pourquoi la femme, quoiqu'elle ait fait cet abandon, ne peut pas exercer la repriſe de ſon apport, qui ne lui a été accordé par ſon contrat de mariage, qu'en cas de renonciation à la communauté.

736. Ce privilege donne-t-il ſeulement à la femme, une exception contre les créanciers ; va-t-il juſqu'à lui donner la répétition contre le créancier à qui elle a payé par erreur au - delà de ce qui lui reſtoit des biens de la communauté, lors du paiement qu'elle lui a fait ? Il faut diſtinguer, ſi le paiement a été fait au nom de la femme ſeulement, qui a eu la précaution de faire mettre dans la quittance que le créancier a reçu pour la part dont elle étoit tenue de la dette ; la femme en juſtifiant qu'elle a payé par erreur, au-delà de ce qu'elle a amendé des biens de la communauté, doit en avoir la répétition : car elle n'en étoit aucunement débitrice, ne s'étant point obligée elle-même à cette dette, & ſon mari n'ayant pas eu le pouvoir de l'obliger, comme commune, au-delà de ce qu'elle amenderoit des biens de la communauté; or c'eſt un principe de Droit, qu'un créancier eſt tenu de rendre la choſe qui lui a été payée, quoiqu'elle lui fût dûe, lorſque le paiement ne lui en a pas été fait au nom de celui qui en étoit le débiteur ; mais

par celui & au nom de celui qui croyoit par erreur en être débiteur, sans l'être ; *Indebitum est non tantùm quod omninò non debetur, sed... si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat, solvit ; L.* 65. §. *fin.* ff. *de cond. indeb.*

Au contraire, lorsque le paiement que la femme a fait d'une dette de la communauté, paroît avoir été fait aussi bien au nom de son mari, comme au sien ; comme lorsqu'elle a payé toute la dette ou des à-compte sur toute la dette, & non pas seulement sur sa part ; le créancier n'est sujet en ce cas à aucune répétition, ayant reçu ce qui lui étoit dû & au nom de celui qui étoit débiteur ; la femme n'a en ce cas de recours que contre les héritiers de son mari.

737. Le privilege de la femme est différent du bénéfice d'inventaire que la Loi ou le Prince accorde à des héritiers pour accepter une succession suspecte ; ce bénéfice d'inventaire donne aux héritiers qui y ont recours, le droit de n'être pas tenus sur leurs propres biens, des dettes de la succession, & de renvoyer les créanciers à se pourvoir sur les biens de la succession, dont les héritiers ne sont regardés, vis-à-vis les créanciers, que comme des administrateurs.

Il n'en est pas de même de ce privilege que la Coutume accorde à la femme, lorsqu'elle a accepté la communauté ; il ne lui donne pas le droit de n'être pas tenue des dettes de la communauté sur ses propres biens, mais seulement celui de n'être tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la communauté. La femme peut donc être poursuivie sur ses propres biens pour sa part des dettes de la communauté, lorsqu'elle l'a acceptée, tant qu'elle retient quelque chose des biens de ladite communauté ; elle ne peut en être déchargée qu'en rendant compte aux créanciers qui la poursuivent, de tout ce qu'elle en a eu, & en abandonnant ce qui lui en reste ; nous traiterons de ce compte au quatrieme §. *infrà*.

Il en est de même des héritiers de la femme.

## §. II.

### *Vis-à-vis de quelles personnes, & à l'égard de quelles dettes la femme ou ses héritiers ont-ils ce privilege.*

738. Le privilege qu'a la femme de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la communauté, a lieu non-seulement vis-à-vis des héritiers du mari, mais aussi vis-à-vis des créanciers de la communauté.

1°. Il a lieu vis-à-vis des héritiers du mari ; c'est pourquoi lorsque ce que la femme a eu des biens de la communauté, ne suffit pas pour acquitter la moitié des dettes, les héritiers du mari sont chargés de ce qui s'en manque ; & si la femme avoit payé pour la moitié desdites dettes, plus qu'elle n'a eu des biens de la communauté, elle auroit recours contre les héritiers du mari, pour l'acquitter de ce surplus.

2°. Le privilege a lieu, même contre les créanciers : en conséquence lorsqu'un créancier demande à la femme le paiement de la moitié de ce

qui lui eſt dû, elle peut ſe défendre de la demande, en offrant à ce créancier de lui compter de ce qu'elle a eu des biens de la communauté, & de lui payer ce qui lui en reſte ; ſauf à ce créancier à ſe pourvoir pour le ſurplus contre les héritiers du mari.

739. Obſervez une grande différence par rapport à ce privilege, entre les héritiers du mari & les créanciers ; la femme n'a ce privilege vis-à-vis les créanciers, qu'à l'égard des dettes de la communauté que ſon mari a contractées ſeul, auxquelles elle n'a pas parlé, & dont elle n'eſt tenue qu'en ſa ſeule qualité de commune. C'eſt ce qui réſulte de l'article de la Coutume de Paris ci-deſſus rapporté ; mais à l'égard des dettes qu'elle a contractées elle-même, ſoit qu'elle les ait contractées ſeule, ſoit qu'elle ſe ſoit obligée avec ſon mari, elle ne peut uſer de ce privilege envers les créanciers.

Au contraire, vis-à-vis les héritiers du mari, la femme a ce privilege indiſtinctement à l'égard de toutes les dettes de la communauté, auſſi-bien à l'égard de celles qui procedent de ſon chef, comme à l'égard de celles que ſon mari a contractées.

Si l'*art.* 228 de la Coutume de Paris que nous avons ci-deſſus rapporté, *n.* 734, ne parle que des dettes que le mari a contractées, c'eſt qu'il n'eſt parlé, en cet article, de ce privilege que vis-à-vis des créanciers. La Coutume de Paris a omis de s'expliquer ſur ce privilege de la femme vis-à-vis le mari & les héritiers du mari ; mais on y doit ſuppléer par l'*art.* 187 de la Coutume d'Orléans, réformée trois ans après par les mêmes Commiſſaires ; après ce qui eſt dit en cet article 187, généralement à l'égard de toutes les dettes de la communauté » leſquelles » dettes ſe diviſent par la diſſolution dudit mariage, tellement que le- » dit ſurvivant n'en peut être tenu que pour la moitié, & leſdits hé- » ritiers pour l'autre moitié » ; les réformateurs ajoutent tout de ſuite & indiſtinctement, *& neanmoins n'eſt tenue la femme ni ſes héritiers, ſinon juſques à concurrence des biens de la communauté.*

740. La femme a ce privilege, non-ſeulement à l'égard des dettes dont la communauté eſt débitrice envers des tiers, mais pareillement à l'égard de celles dont elle eſt débitrice envers elle ; c'eſt pourquoi la femme qui accepte la communauté, ne fait confuſion ſur elle de la moitié de ſes repriſes de propres qui lui ſont dues par la communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la communauté ; lorſque les biens de la communauté ne ſont pas ſuffiſans pour les acquitter, elles doivent pour le ſurplus être acquittées ſur les biens propres du mari ou de ſes héritiers.

741 Tout ce que nous avons dit de la femme, s'applique aux héritiers de la femme, leſquels, de même que la femme, ne ſont tenus des dettes de la communauté, tant vis-à-vis les créanciers que vis-à-vis le mari & ſes héritiers, que juſqu'à concurrence de ce qu'ils ont eu des biens de la communauté.

## §. III.

### *Sous quelles conditions ce privilege eſt-il accordé à la femme ou à ſes héritiers.*

742. La Coutume de Paris en l'*art.* 228, rapporté *ſuprà*, *n.* 734, impoſe à la femme & à ſes héritiers, pour qu'ils puiſſent uſer de ce privilege, deux conditions.

La premiere eſt, qu'il ſoit fait aprés la diſſolutiòn de la communauté, un inventaire des biens de la communauté; c'eſt ce qui eſt porté par ledit article 228, en ces termes : *pourvu toutefois qu'aprés le décès de l'un des conjoints, ſoit fait loyal inventaire.*

Cet inventaire que la femme doit faire pour n'être pas tenue des dettes, *ultrà fines*, en acceptant la communauté, doit être tel que celui qu'elle doit faire pour y renoncer, dont nous avons traité *ſuprà*, *Part.* 3, *ch.* 3, *art.* 2, §. 4.

Ce que nous y avons dit de cet inventaire & des actes qui peuvent en tenir lieu, reçoit ici application : nous y renvoyons.

743. Quoique la femme ne ſoit obligée à faire inventaire pour renoncer à la communauté, que dans le cas auquel la diſſolution de communauté arrivant par le prédécès du mari, elle ſe trouve en poſſeſſion des biens de la communauté, & qu'elle n'ait pas beſoin d'inventaire pour renoncer dans le cas d'une diſſolution de communauté par une Sentence de ſéparation; au contraire, en cas d'acceptation, ſoit que la diſſolution arrive par le prédécès du mari, ſoit qu'elle arrive de ſon vivant par une Sentence de ſéparation d'habitation, la femme, pour jouir vis-à-vis des créanciers, du privilege de n'être tenue des dettes de la communauté que juſqu'à concurrence de ce qu'elle en a amendé, doit leur repréſenter un inventaire : la raiſon de la différence eſt ſenſible; la femme qui renonce à la communauté dans le cas d'une ſéparation, n'ayant point été en poſſeſſion des biens de la communauté, n'a pas beſoin d'un inventaire pour juſtifier aux créanciers qu'elle n'en retient rien. Au contraire, en cas d'acceptation, ſoit que la diſſolution de la communauté ſoit arrivée par le prédécès du mari, ſoit qu'elle ſoit arrivée de ſon vivant par une Sentence de ſéparation, le privilege qu'a la femme de n'être tenue des dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle en a amendé, renferme par une conſéquence néceſſaire, celle de leur repréſenter un inventaire pour juſtifier de ce qu'elle en a amendé.

744. Par la même raiſon, lorſque la diſſolution de communauté arrive par le prédécès de la femme, les héritiers de la femme qui ont accepté la communauté, doivent repréſenter aux créanciers un inventaire pour jouir du privilege de n'être tenus des dettes de la communauté que juſqu'à concurrence des biens qu'ils en ont amendé; quoique pour renoncer ils n'aient pas beſoin d'inventaire, les termes dans leſquels eſt conçu l'*art.* 228 de la Coutume de Paris, établiſſent la néceſſité d'un inventaire pour que les héritiers de la femme jouiſſent de ce privilege dans le

le cas du prédécès de la femme, il y eſt dit, *pourvu qu'après le décès de l'un des conjoints, ſoit fait inventaire, &c.* ces termes indéfinis, *après le décès de l'un des conjoints*, comprennent le cas du prédécès de la femme, auſſi-bien que celui du prédécès du mari, & établiſſent la néceſſité de l'inventaire, tant à l'égard des héritiers de la femme, en cas du prédécès de la femme, qu'à l'égard de la femme en cas du prédécès du mari.

745. L'inventaire eſt abſolument néceſſaire vis-à-vis les créanciers; mais il n'eſt pas préciſément néceſſaire pour que les héritiers de la femme puiſſent jouir de ce privilege contre le mari; le partage qui a été fait entre le mari & les héritiers de la femme, des biens tant mobiliers qu'immobiliers de la communauté, peut, auſſi-bien qu'un inventaire, juſtifier de ce qu'ils ont amendé des biens de la communauté pour leur part, & c'eſt une preuve que le mari ne peut déſavouer, puiſqu'elle reſulte d'un acte auquel il a été partie.

746. La ſeconde choſe que l'*art.* 228 exige eſt, *qu'il n'y ait faute ou fraude de la part de la femme ou de ſes héritiers.*

Cette fraude, qui, aux termes de cet article, fait décheoir la femme ou ſes héritiers de ce privilege, eſt celle qu'ils commettent, ſoit en détournant, ſoit en recelant, ſoit en cachant de quelque maniere que ce ſoit aux créanciers, une partie de ce qu'ils ont amendé des biens de la communauté; en un mot, la fraude qui les a fait décheoir de ce privilege, eſt la même que celle qui les fait décheoir de celui de pouvoir renoncer à la communauté, dont nous avons traité, *Part.* 3, *ch.* 2, *art.* 2, §. 4; nous y renvoyons.

L'article dit: pourvu *qu'il n'y ait faute ni fraude*; je crois que par ces termes, pourvu *qu'il n'y ait faute*, la Coutume entend que ſi la femme ou ſes héritiers avoient par leur faute laiſſé perdre quelques-uns des effets de la communauté qui leur ſont échus, ils ſeroient obligés d'en compter aux créanciers dans le compte qu'ils leur doivent, pour jouir du privilege, quoique par leur faute ils n'aient pas profité deſdits effets; la raiſon eſt évidente, la femme ou ſes héritiers n'ayant droit par ce privilege d'être déchargés des dettes de la communauté, qu'à la charge de compter aux créanciers de ce qu'ils en ont amendé, ils ſont, lorſqu'ils veulent uſer de ce privilege, comptables envers les créanciers, des biens de la communauté qui leur ſont échus; ils ſont par conſéquent obligés à l'égard deſdits biens envers les créanciers, au même ſoin auquel tout comptable eſt obligé à l'égard des biens dont il eſt comptable; donc, ſi faute d'avoir apporté ce ſoin, ils ont, par leur faute, laiſſé perdre quelques-uns deſdits effets, ils ſont reſponſables envers les créanciers, & ils doivent leur en compter, comme s'ils exiſtoient.

## §. IV.

### *Du compte que la femme ou ſes héritiers doivent aux créanciers de la communauté, pour jouir de ce privilege.*

747. La femme qui veut jouir de ce privilege, doit un compte des biens qui lui ſont échus de la communauté, aux créanciers qui la pourſuivent pour le paiement de quelques dettes de la communauté.

La femme, par ce compte, doit ſe charger en recette, de tous les effets de la communauté qu'elle a eu par le partage, tant pour ſa part qu'à titre de préciput.

Lorſque ce ſont des meubles, elle doit s'en charger, ſuivant la priſée qui en a été faite par l'inventaire, & elle ne ſeroit pas recevable à les abandonner en nature après les avoir uſés.

Lorſque ce ſont des héritages, elle doit s'en charger ſuivant l'eſtimation qui en a été faite par le partage, ſi mieux elle n'aime les abandonner en nature, en tenant compte en ce cas des dégradations qui procéderoient de ſon fait.

Elle doit auſſi compter des fruits qu'elle a perçus pour ce qui en reſte après compenſation faite, juſqu'à due concurrence deſdits fruits, avec les intérêts des ſommes qu'elle a payées tant à des tiers qu'à elle-même pour l'aquittement des dettes de la communauté.

Lorſque la femme s'eſt trouvée créanciere de la communauté, d'une ſomme pour ſes repriſes, toutes déductions faites de ce qu'elle devoit à la communauté, elle n'eſt point obligée de ſe charger en recette, de ce qu'elle a prélévé ſur les biens de la communauté pour ſe payer de cette ſomme; car la femme par ce prélevement, n'ayant fait que ſe payer de ce qui lui étoit dû, on ne peut pas dire que ce prélevement ſoit quelque choſe qu'elle ait amendé, & dont elle ait profité des biens de la communauté.

Au contraire, lorſque la femme s'eſt trouvée débitrice envers la communauté, d'une ſomme, toutes déductions faites de ce qui lui étoit dû, & que cette ſomme lui a été précomptée ſur ſa part au partage de la communauté, elle doit s'en charger en recette; car la libération de cette ſomme qu'elle devoit, eſt quelque choſe qu'elle a amendé de la communauté.

Elle doit s'en charger en recette de la moitié de ce qui a été tiré durant le mariage, du fonds de la communauté pour donation des enfans communs, lorſqu'elle les a dotés conjointement avec ſon mari; car en les dotant conjointement avec ſon mari, elle eſt cenſée avoir pris pour ſon compte la moitié de ces dots, & avoir tiré de la communauté la moitié de ce qui en a été tiré pour les fournir; c'eſt pour cette raiſon qu'en cas de renonciation à la communauté, elle eſt obligée d'en faire déduction ſur la reſtitution qui lui eſt faite de ſes propres; par la même raiſon dans ce cas-ci, elle doit s'en charger en recette, comme l'ayant amendé de la communauté.

748. Le chapitre de recette ainſi compoſé, on doit allouer à la femme en miſes & déductions,

1°. Ce qu'elle a payé pour ſa part des frais d'inventaire & de partage; car ce n'eſt que ſous la déduction de ces charges, qu'elle amende & profite des biens de la communauté.

2°. On doit allouer en déduction à la femme, ce qu'elle a payé à d'autres créanciers de la communauté qui ont été plus vigilans à ſe faire payer, que celui par qui elle eſt pourſuivie.

Il n'importe à cet égard que les créanciers que la femme a payés, ſoient antérieurs ou poſtérieurs à celui par qui elle eſt pourſuivie, lorſque le créancier par qui elle eſt pourſuivie, n'eſt ni hypothécaire ni privilégié; ou quoiqu'il ſoit hypothécaire ou privilégié, lorſque la femme n'a parmi les biens qu'elle a eu de la communauté, que des meubles qui ne ſont pas ſuſceptibles d'hypotheque, & qu'elle n'en a aucuns qui ſoient ſujets à ſon privilege.

Il en eſt autrement lorſque le créancier par qui la femme eſt pourſuivie, eſt un créancier hypothécaire ou privilégié, & que la femme a des effets ſujets à ſes hypotheques ou à ſon privilege, comme nous le verrons ci-après.

3°. Lorſque la femme créanciere de la communauté, n'a pas prélevé au partage des biens de la communauté, la ſomme dont elle étoit créanciere, déduction faite de ce qui lui étoit dû par la communauté, on doit lui allouer en déduction la moitié de cette créance dont elle fait confuſion ſur elle; car cette confuſion qu'elle fait ſur elle de la moitié de ſa créance, eſt un paiement qu'elle ſe fait à elle-même ſur ſa part des biens de la communauté, de la moitié d'une dette de la communauté, dont elle eſt créanciere, qui ne diminue pas moins ſa part, que les paiemens qu'elle a faits à d'autres créanciers de la communauté; & qui par conſéquent doit lui être alloué, de même qu'on lui alloue les paiemens qu'elle a faits à d'autres créanciers qui ont été plus vigilans à ſe faire payer, que ceux par qui elle eſt pourſuivie.

4°. Enfin, on doit lui allouer en dépenſe, les frais du compte.

749. Lorſque par la balance qui ſera faite du chapitre de recette, c'eſt-à-dire, du chapitre des choſes que la femme a eu des biens de la communauté, & du chapitre des déductions qui doivent lui être faites, la femme ſe trouve avoir autant ou plus payé, ſoit à des tiers, ſoit à elle-même pour l'acquittement des dettes & charges de la communauté qu'elle n'en a amendé, & par conſéquent n'avoir rien amendé effectivement, elle doit être renvoyée de la demande du créancier.

Lorſque par cette balance il reſte quelque choſe que la femme ait amendé effectivement des biens de la communauté, elle doit être reçue à offrir d'en faire raiſon au créancier par qui elle eſt pourſuivie, & être au ſurplus renvoyée de ſa demande.

750 Ce que nous venons de dire, a lieu, lorſque l'action ſur laquelle la femme eſt pourſuivie, eſt une action perſonnelle & ordinaire; mais lorſqu'elle eſt pourſuivie par un créancier privilégié, & que parmi les

biens qu'elle a eu de la communauté, elle a encore en nature des effets sujets à son privilege, elle ne peut l'empêcher de se venger sur lesdits effets sujets à son privilege, & elle opposeroit envain les paiemens qu'elle a faits, soit à d'autres créanciers, soit à elle même en acquit de la communauté, sauf son recours contre les héritiers de son mari ; ce qui doit pareillement avoir lieu lorsque la femme détentrice des conquêts est poursuivie sur une action hypothécaire : Voyez l'article suivant.

Tout ce que nous avons dit en cet article, de la femme, reçoit application aux héritiers de la femme.

## ARTICLE IV.

### *De l'action hypothécaire qui a lieu contre la femme.*

751. Quoique la femme ne soit tenue personnellement des dettes de la communauté après la dissolution que pour moitié, lorsqu'elles ne procedent pas de son chef, & même qu'elle n'en soit tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la communauté, elle peut néanmoins, comme détentrice des immeubles de la communauté, être poursuivie hypothécairement pour le total par les créanciers auxquels son mari les a hypothéqués.

Nous verrons, 1°. quels sont les créanciers qui ont cette action hypothécaire contre la femme; 2°. quel est l'effet de cette action.

### §. I.

### *Quels sont les créanciers qui ont cette action hypothécaire contre la femme.*

752. Les créanciers qui ont cette action hypothécaire contre la femme, sont les créanciers de dettes contractées par le mari durant le mariage, envers lesquels le mari s'est obligé par un acte devant Notaires, ou a été condamné par une Sentence ; le mari qui avoit en ce temps la qualité de chef de la communauté, & qui est censé s'être obligé, ou avoir été condamné envers eux, non seulement en son propre nom, mais aussi en cette qualité, est censé obligé par ces actes sous l'hypotheque de tous les biens qu'il avoit droit alors d'hypothéquer, & par conséquent sous l'hypotheque de tous les immeubles de sa communauté présens & à venir, la qualité de chef de la communauté qu'il avoit, lui donnant alors le droit d'en disposer, de les aliéner, engager & hypothéquer tous irrévocablement, suivant l'*art.* 225 de la Coutume de Paris, & suivant le Droit Commun. Une femme qui a accepté la communauté, étant censée avoir fait en sa qualité de commune, tout ce que son mari a fait durant la communauté en sa qualité de chef de la communauté, comme nous l'avons vu *suprà*, *part.* 2, le mari ayant, durant la communauté, en sa qualité de chef de la communauté, hypothéqué à ses créanciers tous les conquêts de la communauté, sa femme est

censée, en sa qualité de commune, les avoir elle-même hypothéqués pour la part qu'elle y auroit par le partage de la communauté.

753. Il n'en est pas de même des créanciers envers qui le mari s'est obligé avant le mariage; quoiqu'il se soit obligé envers eux, sous l'hypotheque de tous ses biens présens & à venir, lesdits créanciers n'ont aucun droit d'hypotheque sur les conquêts échus à la femme par le partage; le mari n'a pu leur hypothéquer la part de sa femme, n'y ayant que la qualité de chef de la communauté, qu'il n'avoit point encore, qui eût pu lui donner le droit de la leur hypothéquer.

On objectera qu'il suffit que le mari soit depuis le contrat, devenu propriétaire de tous les conquêts de la communauté pour le total, pendant un temps, pour que tous lesdits conquêts aient été pour le total frappés de l'hypotheque que le mari leur a constituée de tous ses biens présens & à venir; or le mari l'est devenu pendant le temps de son mariage, donc tous lesdits conquets sont sujets à cette hypotheque, tant ceux échus à la femme, que ceux restés au mari.

La réponse est que l'hypotheque ne peut avoir plus d'étendue que n'en a le droit de propriété de celui qui l'a constituée, & d'où elle dérive, or le droit de propriété que celui qui a constitué cette hypotheque, avoit acquis de tous les conquêts de sa communauté, étoit un droit qui étoit de nature à se restreindre par la dissolution & l'acceptation de la communauté à ceux qui lui écheroient par le partage, donc le droit d'hypotheque qu'il a constitué sur lesdits biens auxdits créanciers, doit pareillement se restreindre à la part des conquêts qui lui est restée par le partage.

754. Notre coutume d'Orléans s'est écartée de ces principes; & en prenant pour raison de sa décision, celle que nous avons ci-dessus proposée comme objection, elle décide que tous les créanciers hypothécaires du mari, même ceux envers qui il s'est obligé avant son mariage, même ceux qui sont créanciers du mari seul & non de la communauté, ont hypotheque sur tous les conquêts de la communauté, & qu'ils la conservent après le partage de la communauté, même sur ceux échus à la femme.

C'est ce qui paroît par l'*art.* 190 de ladite Coutume, où après avoir dit, que les rentes constituées par l'un ou l'autre des conjoints avant le mariage, doivent être continuées par celui seul qui les a constituées; la Coutume ajoute, à l'égard des rentes constituées par le mari avant le mariage, que si la femme qui ne les a pas constituées, en est poursuivie hypothécairement depuis la dissolution du mariage, elle aura son recours contre les héritiers de son mari; ce qui suppose que les créanciers hypothécaires du mari, même ceux qui le sont du mari seul, & non de la communauté, conservent, après la dissolution & le partage de la communauté, leur hypotheque sur les conquêts échus par le partage à la femme.

Observez, à l'égard des termes de cet article, *en cas que celui des conjoints qui ne les auroit constituées..... en fût poursuivi hypothécairement comme détenteur des conquêts*, que ces termes, *celui des conjoints*, ne doivent s'entendre que de la femme; car il n'y a que la femme qui, comme détentrice de conquêts, puisse être poursuivie hypothécairement par les créanciers particuliers du

mari; *contrà*, le mari ne peut être poursuivi comme détenteur de conquêts par les créanciers particuliers de la femme, lesquels ne peuvent avoir d'hypotheque que sur la part de la femme. L'ancienne Coutume d'Orléans s'étoit, à cet égard, mieux expliquée que la nouvelle : elle portoit en l'*art.* 175, d'où le 190 de la nouvelle est tiré : *Toutefois s'il y a des conquets..... & LADITE FEMME en possede..... elle peut être convenue hypothécairement, &c.*

755. Il n'y a qu'un cas auquel le mari puisse être, après la dissolution de la communauté, poursuivi hypothécairement par les créanciers particuliers de la femme; c'est celui auquel il seroit échu au lot du mari un propre ameubli par la femme qu'elle auroit hypothéqué à ses créanciers avant son mariage.

## §. II.

### *De l'effet de l'action hypothécaire contre la femme.*

756. Sur la demande qu'un créancier hypothécaire a donnée contre la femme comme détentrice des conquêts qui lui sont hypothéqués, la femme doit les lui délaisser.

Si la femme avoit acquitté auparavant, des dettes dont l'hypotheque fût préférable à celle du demandeur, quand même en les acquittant, elle n'auroit pas eu la précaution de s'y faire subroger, le demandeur seroit obligé de lui en faire raison; car la femme en ce cas a rendu meilleure la condition du demandeur; elle a bonifié l'hypotheque du demandeur, en acquittant des hypotheques préférables à la sienne, *meliorem ejus pignoris causam fecit.*

Néanmoins c'est une précaution sage, lorsque la femme paie quelque créancier hypothécaire, de réquerir la subrogation pour éviter toute contestation.

757. Le demandeur doit faire raison à la femme, non-seulement de ce qu'elle a payé à des tiers, dont l'hypotheque étoit antérieure à celle du demandeur; il doit pareillement lui faire raison de ce qu'elle s'est payée à elle-même pour ses créances contre la communauté pour lesquelles elle a hypotheque du jour de son contrat de mariage, antérieure à celle du demandeur.

758. Mais il n'est pas obligé de lui faire raison de ce qu'elle a payé à d'autres créanciers de la communauté, qui n'étoient que chirographaires, ou dont l'hypotheque étoit postérieure à celle du demandeur, quand même ce que la femme leur a payé égaleroit, ou même excéderoit ce qu'elle a eu des biens de la communauté; sauf à elle son recours contre les héritiers de son mari, pour être indemnisée de ce qu'elle se trouve avoir payé de plus que ce qui lui est resté pour sa part des biens de la communauté.

## ARTICLE V.

### *Des indemnités reſpectives que les conjoints ont l'un contre l'autre, pour raiſon des dettes de la communauté.*

759. Les conjoints n'étant tenus entr'eux des dettes de la communauté que chacun pour moitié, & même la femme n'en étant tenue pour cette moitié que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la communauté ; il ſuit delà que chacun des conjoints a un recours d'indemnité contre l'autre, pour être rembourſé de ce qu'il a payé de plus qu'il n'en doit porter.

C'eſt pourquoi, lorſque le mari, depuis la diſſolution de la communauté, a acquitté en total une dette de la communaué, quoiqu'il en fût effectivement debiteur pour le total vis-à-vis du créancier, l'ayant lui-même contractée, il a un recours d'indemnité contre ſa femme ou les héritiers de ſa femme, pour la part qu'ils en doivent porter.

*Vice verſâ.* Lorſque la femme, depuis la diſſolution de la communauté, a acquitté pour le total une dette de la communauté, *putà*, parce qu'elle procédoit de ſon chef, elle a un recours d'indemnité contre les héritiers de ſon mari, pour être par eux rembourſée de la part qu'ils en doivent porter.

Obſervez trois différences entre le recours d'indemnité que le mari ou ſes héritiers ont contre la femme ou ſes héritiers, pour les dettes de la communauté, & celui qu'a la femme ou ſes héritiers contre le mari ou ſes héritiers.

760. *Premiere différence.* Le mari ne peut avoir recours d'indemnité pour les dettes de la communauté contre la femme ou ſes héritiers, que dans le cas d'acceptation de la communauté par la femme ou ſes héritiers. Il eſt évident qu'il n'en peut avoir aucun en cas de renonciation à la communauté par la femme ou ſes héritiers, la femme & ſes héritiers en devant être en ce cas déchargés entiérement ; au contraire, la femme a un recours contre ſon mari, ſoit en cas d'acceptation, ſoit en cas de renonciation ; en cas de renonciation, elle a recours pour le total ; en cas d'acceptation, elle l'a pour la part que ſon mari ou les héritiers de ſon mari en doivent porter.

761. *Seconde différence.* Le mari a recours d'indemnité contre les héritiers de la femme pour les dettes de la communauté, après qu'il les a payées.

Même avant qu'il les ait payées, lorſqu'il eſt pourſuivi par un créancier de la communauté pour le paiement, il peut dénoncer les pourſuites aux héritiers de la femme, & conclure contr'eux à ce qu'ils ſoient condamnés à l'en acquitter pour la part dont ils en ſont tenus.

Mais tant qu'il n'a pas payé les dettes de la communauté, & qu'il n'eſt pas pourſuivi pour les payer, il ne peut exercer aucune action d'indemnité contre les héritiers de la femme.

Au contraire, la femme après la diſſolution de la communauté, a action d'indemnité contre les héritiers de ſon mari pour être acquittée des dettes

de la communauté, auxquelles elle eſt obligée en ſon nom; elle a ſur-tout cette action en cas de renonciation à la communauté, pour en être en ce cas acquittée pour le total; & en cas d'acceptation, pour la part que les héritiers du mari en doivent porter.

En l'un & l'autre cas, on doit donner au mari un délai qui doit dépendre de l'arbitrage du Juge.

*Idem dictum puta* des héritiers de la femme contre le mari.

762. *Troiſieme différence.* Le mari n'a pas aucune hypotheque de ſon chef ſur les biens propres de ſa femme, pour l'action d'indemnité qu'il a contr'elle ou ſes héritiers, lorſqu'il a payé après la diſſolution de la communauté, la part que ſa femme ou les héritiers de ſa femme devoient porter dans les dettes de la communauté.

Il peut ſeulement, lorſqu'il a payé un créancier de la communauté, auquel la femme s'étoit obligée, exercer les hypotheques que ce créancier avoit ſur les biens de la femme, pourvu qu'en le payant, il ait eu la précaution de s'y faire ſubroger.

Je penſe auſſi qu'on ne peut refuſer au mari, pour ſon action d'indemnité, une hypotheque privilégiée ſur les conquêts échus à la femme par le partage, la femme ne pouvant avoir droit de prendre part aux biens de la communauté, qu'à la charge de payer les dettes.

763. Au contraire, ſuivant la Juriſprudence du Parlement de Paris, la femme a hypotheque du jour de ſon contrat de mariage, ſur tous les biens de ſon mari, pour l'indemnité qu'il lui doit pour les dettes de la communauté qu'il eſt tenu d'acquitter.

Cette Juriſprudence accorde cette hypotheque, du jour du contrat de mariage, ſoit qu'elle y ait été ſtipulée, ſoit qu'elle ne l'ait pas été; & même lorſqu'il n'y a pas eu de contrat de mariage, elle l'accorde du jour de la célébration du mariage.

Cette hypotheque du jour du contrat de mariage, a ſouffert néanmoins autrefois beaucoup de difficulté, & il y a de fortes raiſons contre cette hypotheque; on peut dire que l'hypotheque des biens étant acceſſoire à l'obligation de la perſonne, il eſt impoſſible par la nature des choſes, qu'elle précéde l'obligation de la perſonne, étant impoſſible qu'un acceſſoire ſubſiſte ſans ſon ſujet. S'il eſt dit en la Loi 5, ff. *de pign. & hypoth.* que, *futuræ obligationis nomine* (*res hypothecæ*) *dari poſſunt*, cela s'entend en ce ſens, *ſic tamen ut ex illa conventione non prius naſcatur jus hypothecæ, quàm contracta fuerit obligatio;* la convention d'hypotheque peut bien précéder l'obligation de la perſonne; mais le droit d'hypotheque qui naît de cette convention, ne naît que du jour qu'eſt contractée l'obligation de la perſonne. Or, l'obligation du mari d'indemniſer ſa femme des obligations qu'elle contracte durant la communauté, ne peut commencer que du jour que la femme les a contractées. On ne peut concevoir, *per rerum naturam*, que le mari ſoit obligé d'indemniſer ſa femme d'une obligation qu'elle n'a pas encore contractée; l'obligation d'indemniſer ſa femme des dettes de la communauté, ne pouvant naître que du jour qu'elle les a contractées, l'hypotheque des biens du mari, qui eſt un acceſſoire de cette obligation d'indemnité, ne peut

peut pareillement naître que du jour que la femme a contracté les dettes dont elle doit être indemnisée, & non du jour de son contrat de mariage.

Ces principes sont conformes à la décision de Gaïus, en la Loi 11. ff. *qui potior. in pign.* qui décide, que lorsqu'une personne a eu convention avec une autre, d'hypothéquer certaines choses pour l'emprunt d'une certaine somme qu'elle comptoit emprunter, l'hypotheque ne commençoit que du jour que la somme lui avoit été comptée, parce qu'ayant été jusqu'à ce temps au pouvoir de cette personne de ne point contracter d'obligation; en ne recevant pas la somme, il n'a pu y avoir jusqu'à ce temps ni obligation, ni hypotheque. Par la même raison, tant qu'il a été au pouvoir du mari de ne pas contracter les dettes qu'il a contractées, & de n'y pas faire intervenir sa femme, il n'a pu y avoir d'obligation d'en acquitter sa femme, ni d'hypotheque pour cette obligation.

Si le mineur, pour la restitution des sommes que son tuteur a reçues pour lui durant le cours de la tutele, a hypotheque sur les biens de son tuteur, du jour qu'a commencé la tutele, & non pas seulement du jour qu'il a reçu lesdites sommes; c'est qu'on ne peut pas dire de même qu'il a été au pouvoir de ce tuteur de ne pas contracter l'obligation de rendre ces sommes en ne les recevant pas; car il n'étoit pas en son pouvoir de ne les pas recevoir; il a contracté par l'acte de tutele, l'obligation de recevoir toutes les sommes dûes à son mineur, pendant tout le cours de la tutele, & d'en rendre compte; son obligation ayant été contractée par l'acte même de la tutele, l'hypotheque qui en est l'accessoire, l'est aussi; au-lieu qu'ayant toujours été au pouvoir du mari de ne pas contracter les dettes qu'il a contractées & de n'y pas faire intervenir sa femme, jusqu'à ce qu'il les ait contractées, & jusqu'à ce que sa femme y soit intervenue; & ayant été par conséquent en son pouvoir jusqu'à ce temps de ne pas contracter l'obligation d'en indemniser sa femme en ne les contractant pas, cette obligation d'en indemniser sa femme n'a pu naître plutôt, ni par conséquent l'hypotheque de cette obligation d'indemnité.

Nonobstant ces raisons, qui sont très fortes, la Jurisprudence a accordé à la femme, hypotheque du jour du contrat de mariage pour l'indemnité qui lui est dûe des dettes auxquelles elle s'est obligée durant la communauté.

764. On a cru néanmoins pendant quelque temps, qu'elle ne devoit remonter au temps du contrat de mariage, que lorsque l'indemnité y avoit été expressément stipulée; mais depuis, quoique l'indemnité n'ait pas été expressément stipulée, on en a fait remonter l'hypotheque au temps du contrat de mariage; & lorsqu'il n'y a pas de contrat, au jour de la célébration du mariage. Lebrun, *liv.* 3, *ch.* 2, *Sect.* 2, *dist.* 6, rapporte plusieurs Arrêts qui ont établi cette Jurisprudence; & il atteste qu'on n'en a plus fait de question depuis un Arrêt du 5 Juillet 1681, rapporté au quatrième Tome du Journal des Audiences, qui a fait remonter l'hypotheque de l'indemnité de la femme, au jour du contrat de mariage, quoiqu'elle n'y eût pas été stipulée; & c'est ce que nous voyons effectivement pratiquer dans toutes les Sentences d'ordre.

Pour justifier cette Jurisprudence, on dit qu'un homme en se mariant, contracte envers sa femme, l'obligation de lui restituer sa dot franchement après la dissolution de la communauté; il s'oblige *dotem salvam fore :* or cette obligation de lui rendre sa dot *franchement*, renferme celle d'acquitter la femme, des dettes par lesquelles sa dot pourroit être entamée, & qui empêcheroient qu'elle ne l'eût franchement.

705. Lorsqu'une femme séparée, soit par contrat de mariage, soit par une Sentence de séparation, exécutée par la restitution que son mari lui a faite de sa dot, a depuis contracté quelqu'obligation pour son mari; l'hypotheque pour l'indemnité de cette obligation que le mari doit à sa femme, a-t-elle pareillement lieu du jour du contrat de mariage? On peut dire pour la négative, que la raison pour laquelle on a fait remonter au jour du contrat de mariage, l'hypotheque pour l'indemnité dûe à la femme des dettes qu'elle a contractées durant la communauté, tirée de l'obligation du mari, contractée par le contrat de mariage de rendre à sa femme sa dot franchement, ne se rencontre pas dans ces especes; car dans le cas d'une séparation contractuelle, l'obligation de rendre la dot franchement, n'a point été contractée par le mari, qui ne l'a point reçue; & dans le cas d'une séparation judiciaire exécutée par la restitution qui a été faite à la femme de sa dot, l'obligation de rendre la dot étoit acquittée, & ne subsistoit plus, lorsque depuis, la femme a contracté des obligations pour son mari.

Nonobstant ces raisons, Lebrun, *ibidem*, rapporte trois Arrêts qui ont accordé l'hypotheque du jour du contrat de mariage, pour l'indemnité des obligations qu'une femme séparée avoit contractées pour son mari. Vaslin en cite deux autres postérieurs, qui ont jugé de même. La raison est, que nonobstant la séparation, nonobstant la restitution de la dot, faite en exécution, le mari demeure toujours obligé à la conservation de la dot, par l'obligation qu'il en a contractée en se mariant.

C'est pour cela, que dans tous les actes qui peuvent tendre à l'aliénation ou à l'engagement des immeubles qui font partie de la dot de la femme, l'autorisation du mari doit intervenir. C'est pourquoi, lorsque la femme quoique séparée, a, sous l'autorisation de son mari, contracté des obligations pour son mari, par lesquelles sa dot pourroit être entamée, le mari par l'obligation qu'il a contractée en se mariant, de conserver la dot de sa femme, est obligé d'en indemniser sa femme, pour que sa dot n'en soit pas entamée; & comme cette obligation remonte au temps de son contrat de mariage, l'hypotheque pour cette obligation, doit aussi y remonter. On ajoute que la séparation ayant pour fin de conserver la dot de la femme, on ne doit pas lui donner un effet contraire à cette fin, en privant la femme d'une hypotheque qu'elle auroit pour son indemnité, si elle n'étoit pas séparée.

Il y a des Arrêts contraires: l'Arrêt du 8 Juin 1674, qui est au Journal du Palais, accorde l'hypotheque du jour du contrat de mariage à l'indemnité d'une femme pour les obligations qu'elle avoit contractées avant sa séparation; mais à l'égard d'une obligation qu'elle avoit contractée depuis sa séparation, l'Arrêt ne lui accorde l'hypotheque pour son indemnité, que du jour de l'obligation.

On trouve auſſi deux Arrêts dans le Recueil de Lacombe, l'un du 9 Avril 1702, l'autre du 26 Juillet 1742, qui n'ont accordé l'hypotheque pour l'indemnité de la femme ſéparée, que du jour de ſes obligations.

766. La femme ayant hypotheque du jour de ſon contrat de mariage pour l'indemnité qui lui eſt dûe des obligations qu'elle a contractées, il ſuit de-là, que lorſque les biens immeubles du mari ſont diſcutés, les créanciers qui ont la femme pour obligée, doivent, comme exerçant les droits de la femme leur débitrice, qui a hypotheque du jour du contrat de mariage pour l'indemnité des obligations qu'elle a contractées envers eux, être colloqués en ſous-ordre, du jour du contrat de mariage, ou de la célébration, s'il n'y a point de contrat. Par ce moyen, ces créanciers quoique poſtérieurs, ſeront payés préférablement aux créanciers antérieurs du mari, envers leſquels le mari depuis le mariage, s'eſt obligé ſeul. Jugez par-là, de quelle importance il eſt, lorſqu'on contracte avec un homme marié, de faire intervenir la femme, pour qu'elle s'oblige avec lui.

767. Si pendant que tous les biens du mari ſont ſaiſis réellement par des créanciers poſtérieurs au mariage, envers leſquels le mari s'eſt obligé ſeul, le mari conjointement & ſolidairement avec ſa femme, contractoit des obligations envers d'autres perſonnes, devroit-on dans ces circonſtances, accorder à la femme & à ces nouveaux créanciers envers qui elle s'eſt obligée, une hypotheque du jour du contrat de mariage? Les anciens créanciers ont de fort bonnes raiſons pour s'y oppoſer, 1°. parce que ces nouvelles dettes qu'on fait paroître, ſont fort ſuſpectes d'être des dettes ſuppoſées, 2°. parce qu'en les ſuppoſant véritables, c'eſt une fraude que le mari commet envers les anciens créanciers, en faiſant intervenir ſa femme aux nouvelles obligations, pour faire perdre aux anciens ce qui leur eſt légitimement dû; & la femme en intervenant à ces nouvelles obligations, ſe rend elle même participante de cette fraude qu'elle ne peut ignorer; la ſaiſie générale des biens de ſon mari, ayant rendu notoire ſon inſolvabilité.

De cette fraude dont la femme eſt participante, naît une exception de dol que les anciens créanciers ſont bien fondés à oppoſer, tant à la femme qu'à ces nouveux créanciers qui voudroient exercer ces droits, par laquelle exception de dol, ils peuvent empêcher la femme & ces nouveaux créanciers d'être colloqués avant eux.

768. Lebrun accorde à la femme une hypotheque ſur les biens du mari, du jour du contrat de mariage, pour l'indemnité des dettes de la communauté auxquelles elle n'étoit pas obligée, qu'elle a payées depuis le décès de ſon mari, & depuis ſa renonciation à la communauté. Cette déciſion de Lebrun n'eſt pas ſoutenable; cette indemnité eſt une créance qu'elle a contre les héritiers de ſon mari, qui naît *ex quaſi contractu negotiorum geſtorum*, dont le mari n'a jamais été tenu, n'étant née que depuis ſon décès, & à laquelle par conſéquent, on ne peut dire qu'il ait hypothequé ſes biens.

# SIXIEME PARTIE.

## *De la continuation de Communauté.*

NOUS distinguons deux especes de continuation de communauté, la *simple* & la *composée.*

La simple, est celle qui n'a lieu qu'entre le survivant & les héritiers du prédécédé; la composée, est celle à laquelle le survivant a associé des tiers.

Il est à propos d'en traiter séparément.

## CHAPITRE PREMIER.

### *De la continuation de Communauté qui est simple.*

769. CETTE continuation de communauté est établie par les articles 240 & 241 de la Coutume de Paris, qui sont placés sous le titre de la communauté. L'article 240 est conçu en ces termes : « Quand l'un des » conjoints va de vie à trépas, & délaisse aucuns enfans mineurs dudit ma- » riage; si le survivant ne fait faire inventaire avec personne capable & lé- » gitime contradicteur, des biens qui étoient communs durant ledit mariage » au temps du trépas, soit meubles ou conquêts immeubles, l'enfant, ou » enfans survivans peuvent, si bon leur semble, demander communauté en » tous les biens-meubles & conquêts-immeubles du survivant; posé qu'icelui » survivant se remarie. »

L'article 241 est conçu en ces termes : « Et pour la dissolution de la com- » munauté, faut que ledit inventaire soit fait & parfait, & à la charge de » faire clorre ledit inventaire par le survivant, trois mois après qu'il aura » été fait; autrement & à faute de ce faire par le survivant, est la com- » munauté continuée, si bon semble aux enfans.

770. La Jurisprudence a étendu cette disposition de l'article 240 de la Coutume de Paris, aux Coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la continuation de communauté. On peut voir dans Brodeau sur Louet, *lett.* C, *ch.* 30, les Arrêts rendus en forme de Réglement, qui ont établi cette Jurisprudence, laquelle n'est plus aujourd'hui révoquée en doute, suivant que l'attestent Lebrun & Renusson en leurs Traités de la Communauté.

La question s'en étant renouvellée pour la Coutume de la Rochelle, il a été jugé par Arrêt du 20 Juin 1704, rendu en forme de réglement, que la continuation de communauté, telle qu'elle est établie par la Coutume, y devoit être étendue.

L'extension de cette continuation de communauté aux Coutumes qui ne

s'en ſont pas expliquées, eſt fondée en grande raiſon, étant impoſſible de ſubvenir autrement aux enfans mineurs des conjoints, que le ſurvivant, par le défaut d'inventaire, met le plus ſouvent dans l'impoſſibilité d'établir à quoi montoit leur part dans le mobilier de la communauté, lors de la mort du prédécédé auquel ils ont ſuccédé, & dont le ſurvivant leur doit rendre compte.

Nous verrons ſur cette matiere, 1°. ce que c'eſt que la continuation de communauté, ſelon les principes de la Coutume de Paris: 2°. en quel cas elle a lieu: 3°. entre quelles perſonnes: 4°. de quelles choſes elle eſt compoſée: 5°. quelles en ſont les charges: 6°. quel eſt pouvoir du ſurvivant ſur cette continuation de communauté. 7°. Nous traiterons des manieres dont elle ſe diſſout: 8°. du droit d'accroiſſement qui a lieu entre les enfans: 9°. de l'acceptation & de la renonciation à la continuation de communauté: 10°. du partage des biens de cette communauté: 11°. comment chacune des parties eſt tenue des dettes de cette communauté. C'eſt ce qui fera la matiere de onze Sections.

La Coutume d'Orléans & quelques autres ſemblables, ayant, ſur la matiere de la continuation de communauté, des principes différens de celle de Paris, nous en obſerverons ſur chaque Section les différences.

## SECTION PREMIERE.

### *Ce que c'eſt que la continuation de communauté.*

### ARTICLE PREMIER.

### *Ce que c'eſt que la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume de Paris.*

771. Suivant les principes de la Coutume de Paris, la continuation de communauté n'eſt autre choſe qu'une peine que la Coutume impoſe au ſurvivant de deux conjoints, faute d'avoir fait conſtater par un inventaire après la mort du prédécédé, la part de leurs enfans dans les biens de la communauté, à laquelle ils ont ſuccédé au prédécédé; laquelle peine conſiſte dans le droit & la faculté que la Coutume donne auxdits enfans de demander part au ſurvivant dans tous les biens-meubles qu'il ſe trouve avoir lors de l'inventaire qui doit diſſoudre la communauté, & pareillement dans les acquêts immeubles qu'il ſe trouve avoir, & qu'il a faits depuis la mort du prédécédé juſqu'audit temps; tout ainſi, & de la même maniere que ſi la communauté avoit toujours continué juſqu'audit temps, par rapport auxdits biens.

772. Cela conduit à la déciſion de la queſtion: ſi dans la Coutume de Paris, la continuation de communauté eſt une nouvelle communauté qui ſe contracte entre le ſurvivant & les enfans mineurs héritiers du prédécédé; ou ſi c'eſt la même communauté qui étoit entre les deux conjoints, & qui eſt cenſée ne s'être point diſſoute par la mort du prédécédé, & avoir continué.

Lauriere, par l'inclination qu'il avoit à trouver par-tout des veſtiges de l'ancien Droit coutumier, à la recherche duquel il s'étoit principalement &

utilement appliqué, a cru trouver dans la disposition de la Coutume de Paris, sur la continuation de la communauté, un vestige de l'ancien Droit coutumier, qui faisoit résulter une communauté entre proches, de la cohabitation & du mélange des biens; en conséquence il prétend que la continuation de communauté dans la Coutume de Paris, n'est pas la même qui étoit entre les deux conjoints, laquelle finit par la mort du prédécédé, suivant la nature du Contrat de société : *Adhùc morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati*; L. 59, ff. *pro socio*. La continuation de communauté est donc, selon lui, une nouvelle communauté que la Coutume établit entre le survivant & ses enfans mineurs, qu'elle fait, conformément à l'ancien Droit, résulter de la cohabitation & du mêlange de leurs biens, laquelle n'est appellée *continuation de communauté*, que parce qu'elle succede, *continuò & nullo interposito intervallo*, à celle qui étoit entre les conjoints. On ajoute que c'est tellement une nouvelle communauté, différente de celle qui étoit entre les conjoints, qu'elle se régit par différens principes, le survivant qui en est le chef, n'ayant pas le même pouvoir sur les biens de la continuation de communauté, que celui qu'avoit le mari sur ceux de la communauté; comme nous le verrons *infrà*, *sect.* 6. D'ailleurs, elle n'est pas composée des mêmes choses, les conquêts de la communauté conjugale ne demeurant dans celle ci que pour la jouissance seulement; & au lieu que tout ce qui est acquis par l'un & l'autre des conjoints, entre dans la communauté pendant qu'elle dure, il n'entre dans celle-ci que ce qui est acquis par le survivant; ce qui est acquis par les enfans, n'y entre pas, comme nous le verrons *infrà*, *sect.* 4.

L'opinion contraire, qui est de ceux qui pensent que dans la Coutume de Paris, la continuation de communauté est la même communauté qui étoit entre les conjoints, laquelle en faveur des enfans mineurs du survivant, est supposée n'avoir point été dissoute par la mort du prédécédé, & avoir toujours continué sous certaines modifications, jusqu'au temps de l'inventaire, me paroit préférable à celle de Lauriere : elle est plus conforme & au texte & à l'esprit de la Coutume.

1°. Elle est plus conforme au texte. L'article 241 dit expressément; *Et pour la dissolution de communauté, faut que ledit inventaire soit fait & parfait; . . . & à faute de ce faire par le survivant, est la communauté continuée.* N'est ce pas dire bien clairement que la communauté qui étoit entre les conjoints n'est pas dissoute par la mort du prédécédé; qu'il faut pour la dissoudre, que le survivant fasse un inventaire, & que faute de cet inventaire, cette communauté, (c'est-à-dire, celle qui étoit entre les conjoints) est censée continuer?

2°. Notre opinion est pareillement plus conforme à l'esprit de la Coutume : en établissant la continuation de communauté, elle n'a point songé à établir une société taisible, telle que celle que l'ancien Droit François faisoit résulter entre proches, de la cohabitation & du mêlange des biens. Si c'eût été son esprit, elle l'eût établie aussi bien avec les enfans majeurs du survivant, comme avec les enfans mineurs : ne l'ayant établie qu'avec les enfans mineurs, il paroît qu'elle n'a eu d'autre vue en l'établissant, que celle de subvenir aux mineurs, en supposant en leur faveur que la communauté a toujours continué jusqu'à l'inventaire, par rapport au mobilier & aux acquêts faits depuis la

mort du prédécédé ; & en leur accordant en conſéquence une part dans leſdits biens, qui leur tienne lieu du compte qui leur eſt dû par le ſurvivant, de celle qui leur appartenoit dans les biens qui ſe ſont trouvés lors de la mort du prédécédé dont ils ſont héritiers, & qu'il leur eſt impoſſible de conſtater, faute d'inventaire.

3°. On peut encore tirer argument du lieu où ont été placés les articles qui concernent la continuation de communauté ; ces articles étant placés ſous le titre de la communauté, au milieu des articles qui concernent la communauté qui eſt entre les conjoints, c'eſt une marque que la Coutume a regardé la continuation de communauté comme n'étant pas quelque choſe de différent de la communauté qui étoit entre les conjoints.

A l'égard des raiſons qu'on allegue pour prouver que c'eſt une communauté différente, & que nous avons rapportées ci-deſſus, il eſt facile d'y répondre.

On oppoſe, en premier lieu, qu'il eſt de la nature des ſociétés qu'elles finiſſent par la mort de l'un des aſſociés : celle qui étoit entre les conjoints, a donc fini, dit-on, par la mort de l'un d'eux ; & ce ne peut être qu'une nouvelle communauté qui ſoit établie entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé.

La réponſe eſt, qu'il eſt effectivement de la nature des ſociétés, qu'elles finiſſent par la mort de l'un des aſſociés ; mais ce n'eſt pas tellement de leur eſſence, qu'on ne puiſſe quelquefois les faire continuer avec les héritiers de l'aſſocié. C'eſt ce qui s'obſervoit par le Droit Romain à l'égard de la ſociété qui ſe contractoit pour la ferme des impôts publics ; laquelle paſſoit aux héritiers des fermiers aſſociés qui mouroient pendant le cours de la ſociété, lorſqu'on en étoit convenu ; *d.* L. 59. La Coutume a donc pu pour de bonnes raiſons, en faveur des enfans mineurs du ſurvivant héritiers du prédécédé, faire continuer avec eux la communauté qui étoit entre le ſurvivant & le prédécédé.

On oppoſe en ſecond lieu, que la continuation de communauté eſt tellement différente de celle qui étoit entre les deux conjoints, qu'elle ſe régit par des principes différens, & qu'elle n'eſt pas compoſée des mêmes choſes.

La réponſe eſt, que cette ſociété ou communauté continue ſous certaines modifications que la Coutume a jugé à propos d'y apporter ; mais il ne s'enſuit pas que ce ne ſoit pas la même communauté : lorſque deux aſſociés au bout d'un certain temps, conviennent entre eux que l'un d'entre eux n'aura pas à l'avenir le même pouvoir qu'il avoit, & que certaines choſes qui y entroient, n'y entreroient pas à l'avenir ; quoique leur ſociété continue ſous des modifications qu'ils y ont apportées par leur convention, elle n'en eſt pas moins la même ſociété.

## ARTICLE II.

### *Ce que c'eſt que la continuation de la communauté, ſuivant les principes de la Coutume d'Orléans.*

773. Les principes de la Coutume d'Orléans ſur la continuation de communauté, ſont très-différens de ceux de la Coutume de Paris.

La diſpoſition par laquelle la Coutume d'Orléans établit la continuation de communauté, n'eſt pas placée ſous le titre de la communauté, mais ſous un autre, qui eſt celui de *ſociété*. Après avoir, par l'article 213, abrogé l'uſage des ſociétés taiſibles, qui avoient lieu par l'article 180 de l'ancienne Coutume entre toutes ſortes de perſonnes, » *par demeurance, communication ou négociation de leurs biens faits en commun pour contracter ſociété par perſonnes demeurantes enſemble par an & jour entier*; » la Coutume fait une exception à cette abrogation des ſociétés taiſibles, par l'article 216 pour le cas de la continuation de communauté, entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé.

Voilà comme cet article eſt conçu: » Si de deux non nobles conjoints » par mariage, l'un va de vie à trépas, & laiſſe ſes enfans ou autres parens ſes héritiers, & ledit ſurvivant ne fait aucun inventaire, partage » ou diviſion, ou que autrement entre les parties n'en ſoit diſpoſé, la » communauté de biens ſe continue, & conſerve entre le ſurvivant pour » la moitié, & leſdits enfans ou autres parens & héritiers pour l'autre » moitié, chacun pour leurs portions viriles & héréditaires; enſemble, « la ſaiſine & poſſeſſion de la ſucceſſion de leur pere, mere ou parent » décédé, juſqu'à ce que inventaire, partage ou diviſion en ſoient faits, » ou que autrement par eux en ſoit diſpoſé. »

On ne peut pas dire dans cette Coutume d'Orléans, comme dans la Coutume de Paris, que cette continuation de communauté eſt établie par forme de peine contre le ſurvivant, & par forme de dommages & intérêts des enfans réſultants du défaut d'inventaire; puiſque cette Coutume établit cette continuation de communauté, non-ſeulement avec les enfans mineurs du ſurvivant, des intérêts deſquels il pourroit paroître avoir été chargé; mais même avec les majeurs, des intérêts deſquels on ne peut pas dire que le ſurvivant fût chargé; puiſqu'étant majeurs, ils étoient en état d'y veiller par eux-mêmes; elle l'établit même avec les enfans que le prédécédé avoit d'un précédent mariage, & même avec ſes héritiers collatéraux; leſquels ſont des perſonnes étrangeres au ſurvivant, & des intérêts deſquels on ne peut pas dire que le ſurvivant fût chargé.

778. La continuation de communauté n'étant point établie dans la Coutume d'Orléans par forme de peine, il en faut rechercher une autre raiſon, & il n'en paroît point d'autre, que l'obſervance de l'ancien Droit, que notre Coutume d'Orléans a voulu conſerver en ce cas.

Nous trouvons cet ancien Droit dans le grand Coutumier, *liv.* 2, *ch.* 40. Il y eſt dit, » par uſage & coutume, deux conjoints demeurans enſemble

» ſemble par an & jour, ſans faire diviſion ni proteſtation, ils acquierent » l'un avec l'autre communauté, quant aux meubles & conquêts; & pour » ce, ſi deux conjoints ont un fils, & après l'un d'iceux va de vie à » trépas, & depuis icelui fils demeure avec le ſurvivant ſans faire inven- » taire, partage ni diviſion; tout ce que le ſurvivant a conquêté, re- » viendra en communauté avec le fils. »

774. Il réſulte de tout ceci, que dans la Coutume d'Orléans, la continuation de communauté n'eſt point comme elle l'eſt dans celle de Paris, la même communauté qui étoit entre les conjoints, qui eſt cenſée avoir continué; mais que c'eſt une nouvelle communauté qui ſe contracte après la mort du prédécédé, entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, & qui n'eſt appellée *continuation de communauté*, que parce qu'elle ſuccede, *nullo interpoſito intervallo*, à celle qui étoit entre les conjoints; ce n'eſt que par rapport à cette ſucceſſion de cette nouvelle communauté à la premiere qui étoit entre les conjoints, qu'il eſt dit que la communauté *ſe continue & ſe conſerve*.

## Article III.

### *Quelle Coutume doit-on ſuivre pour la continuation de communauté.*

775. Lorſque deux conjoints par mariage, ont en ſe mariant, contracté une communauté de biens, ſuivant la Coutume du lieu où ils avoient alors leur domicile, & que depuis leur mariage, ils ont transféré leur domicile ſous une autre Coutume, la continuation de communauté entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, aura-t-elle lieu, & ſe regira-t-elle ſuivant la Coutume du lieu où ils ont contracté leur communauté; ou doit-on ſuivre la Coutume ſous laquelle ils avoient leur domicile lors de la mort du prédécédé?

Cette queſtion me paroît devoir ſe décider par une diſtinction. Si ſuivant les regles de la Coutume, ſuivant laquelle ils ont en ſe mariant, contracté la communauté, la communauté conjugale n'a pas été diſſoute par la mort du prédécédé, cette communauté qui continue, étant la même qu'ils ont contractée en ſe mariant, elle doit ſe régir ſuivant la Coutume du lieu où étoit leur domicile lorſqu'ils ſe ſont mariés. Au contraire, ſi ſuivant les regles de la Coutume, ſuivant laquelle ils ont contracté leur communauté conjugale, cette communauté ſe trouve diſſoute par la mort du prédécédé, la nouvelle communauté qui ſe forme en ce cas entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, ne pouvant l'être que par la loi de leur nouveau domicile, à laquelle ils ſont ſujets; c'eſt par cette loi de leur nouveau domicile, que leur continuation de communauté doit ſe régir.

Cela s'éclaircira par des exemples. Deux Pariſiens y ont contracté en ſe mariant, une communauté de biens; ils ont depuis transféré leur domicile à Orléans; l'un d'eux y eſt mort, & a laiſſé pour héritiers, des enfans mineurs de leur mariage: la continuation de communauté qui a

lieu en ce cas, entre le ſurvivant & ſes enfans mineurs, faute de faire inventaire, comme le preſcrit la Coutume de Paris, doit ſe régir par la Coutume de Paris; car c'eſt la même communauté qu'ils ont contractée, ſuivant la Coutume de Paris, qui continue de ſubſiſter entre le ſurvivant & ſes enfans mineurs héritiers du prédécédé; les conjoints en contractant cette communauté, ſont cenſés être au moins implicitement convenus de toutes les diſpoſitions de la Coutume de Paris; ils ſont donc cenſés être convenus que cette communauté ne pourroit ſe diſſoudre qu'en ſatisfaiſant à ce que la Coutume de Paris requiert pour la diſſoudre; lorſque le prédécédé a laiſſé pour héritiers, des enfans mineurs de leur mariage, l'engagement que les conjoints ont contracté par cette convention, ſubſiſte nonobſtant leur tranſlation de domicile; c'eſt pourquoi, faute par le ſurvivant d'avoir ſatisfait à ce que la Coutume de Paris preſcrit pour la diſſolution de la communauté, elle n'a point été diſſoute; c'eſt la même communauté que les conjoints ont contractée en ſe mariant, & par conſéquent une communauté contractée ſuivant la Coutume de Paris, qui doit ſe régir par les regles de la Coutume de Paris.

La Coutume d'Orléans, à laquelle ces conjoints ſont devenus ſujets par leur tranſlation de domicile, n'a pu former entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, la continuation de communauté qu'elle établit par ſon article 216; car cette communauté doit ſuccéder à la communauté conjugale, & ne peut par conſéquent s'établir tant que la communauté conjugale ſubſiſte encore, & n'eſt pas diſſoute.

776. Suppoſons à préſent, que l'un des conjoints par mariage, qui en ſe mariant à Paris, ont contracté communauté ſuivant la Coutume de Paris, ſoit mort à Orléans depuis leur tranſlation de domicile, en laiſſant pour ſes héritiers, des enfans tous majeurs, la communauté qu'ils ont contractée ſuivant la Coutume de Paris, étant en ce cas diſſoute, rien n'empêche que la Coutume d'Orléans, ſous l'empire de laquelle ſe trouvoient les conjoints lors de la mort du prédécédé, ne ſoit cenſée avoir au moment de la mort du prédécédé, formé entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, la continuation de communauté qu'elle établit par l'article 216; laquelle étant formée par la Coutume d'Orléans, ſe régit ſuivant les regles de la Coutume d'Orléans.

777. Suppoſons à préſent, que deux Orléanois qui ont contracté enſemble communauté, ſuivant la Coutume d'Orléans, ont transféré leur domicile à Paris, & que depuis cette tranſlation, l'un d'eux y ſoit mort, laiſſant pour héritiers, des enfans tous majeurs, il n'y aura en ce cas aucune continuation de communauté; la Coutume de Paris ſous l'empire de laquelle ils étoient lors de laquelle ils étoient lors de la mort du prédécédé, n'en admet pas en ce cas; & celle d'Orléans qui en forme une au temps de la mort du prédécédé, entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé majeurs ou mineurs, n'a pu la former entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé de ces conjoints; leſquels au temps de la mort du prédécédé, n'étoient plus par leur tranſlation de domicile à Paris, ſujets à ſon empire.

778. Lorſque l'un de ces Orléanois, qui ont contracté en ſe mariant, une communauté ſelon la Coutume d'Orléans, meurt depuis la tranſlation de domicile à Paris, en laiſſant pour héritiers des enfans mineurs de leur mariage, y aura-t-il en ce cas continuation de communauté, & ſuivant quelle Coutume? La communauté ayant été contractée entre ces conjoints, ſuivant les regles de la Coutume d'Orléans, elle s'eſt diſſoute par la mort du prédécédé: il eſt vrai que cette Coutume en établit une nouvelle au temps de la mort du conjoint prédécédé, entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, mais elle n'a pu l'établir entre ce ſurvivant & les héritiers du prédécédé; leſdits conjoints au temps de la mort du prédécédé, n'étant plus ſous ſon empire: d'un autre côté, on dira que la Coutume de Paris ne peut bien régler la durée d'une communauté contractée ſuivant la Coutume de Paris, & preſcrire ce qui doit être obſervé pour ſa diſſolution: mais qu'il ne lui appartient pas de régler la durée d'une communauté contractée ſuivant les regles d'une autre Coutume.

Nonobſtant ces raiſons, on doit décider qu'il ſuffit que le ſurvivant, au temps de la mort du prédécédé, ait été ſous l'empire de la Coutume de Paris, pour qu'il contracte l'obligation que cette Coutume impoſe au ſurvivant des deux conjoints, de faire conſtater par un inventaire dans la forme qu'elle le preſcrit, la part qui appartient à ſes mineurs comme héritiers du prédécédé, dans les biens du prédécédé; & pour que faute de l'avoir fait, il ſoit ſujet à la peine de la continuation de communauté que la Coutume de Paris impoſe; il y aura donc lieu en ce cas à une continuation de communauté, ſuivant la Coutume de Paris.

## SECTION II.

### *En quel cas y a-t-il lieu à la continuation de communauté.*

#### ARTICLE PREMIER.

#### *En quels cas y a-t-il lieu à la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume de Paris.*

Pour qu'il y ait lieu à la continuation de communauté, il faut, ſuivant les principes de la Coutume de Paris, que quatre choſes concourent; 1°. il faut qu'au temps de la mort du prédécédé, il y ait eu une communauté de biens qui ſubſiſtoit entre les conjoints; 2°. il faut que le prédécédé ait laiſſé pour héritiers, des enfans mineurs de leur mariage, qui aient ſuccédé au prédécédé à une part des biens de la communauté; 3°. il faut que le ſurvivant ait manqué à faire dans le temps preſcrit, ce que la Coutume requiert pour la diſſolution de communauté; 4°. il faut que la continuation de communauté ait été demandée.

## §. I.

*Premiere condition : il faut qu'au temps de la mort du prédécédé il y ait eu une communauté de biens qui subsistoit entre les deux conjoints.*

779. Cela est évident : le droit de continuation de communauté qu'établit la Coutume de Paris, consiste à supposer que la communauté qui étoit entre les conjoints, n'a point été dissoute par la mort du prédécédé, & qu'elle a continué depuis jusqu'à l'inventaire, comme nous l'avons vu *suprà*. Or cela renferme nécessairement l'existence d'une communauté entre les conjoints au temps de la mort du prédécédé ; car il n'y a que ce qui existe, qui puisse continuer.

Il ne peut donc y avoir lieu à une continuation de communauté, soit que le contrat de mariage des conjoints portât exclusion de communauté, soit qu'il y ait eu entr'eux une communauté, mais qui ait été dissoute de leur vivant par une sentence de séparation exécutée, & qui ne subsistoit plus au temps de la mort du prédécédé.

Lorsque la Sentence de séparation, qui est intervenue auparavant la mort du prédécédé, n'a pas été exécutée, & qu'il n'a été fait en exécution de cette Sentence aucun inventaire, y a-t-il lieu à la continuation de la communauté ? Je pense qu'il doit y avoir lieu ; car lorsqu'elle n'a pas été exécutée, elle est regardée comme non avenue, & elle n'empêche pas que la communauté ne puisse être regardée comme n'ayant pas été dissoute, & comme ayant continué. La raison pour laquelle la continuation de communauté a été établie, milite entiérement dans cette espece : la Sentence de séparation qui est intervenue, & qui n'a reçu aucune exécution, n'empêche pas que la part qu'ont les mineurs dans les biens de la communauté qui sont à partager, ne doive être constatée par un inventaire ; & que faute par le survivant qui est chargé des intérêts de ces mineurs de l'avoir fait constater, il ne doive être sujet à la peine de la continuation de communauté, qui est le seul remede par lequel on peut subvenir à ces mineurs contre le défaut d'inventaire.

## §. II.

*Seconde condition : il faut que le prédécédé ait laissé pour héritiers un ou plusieurs enfans mineurs de leur mariage, & qu'ils lui aient succédé à une part dans la communauté.*

780. C'est ce qui résulte des termes de l'article 240 : » Quand l'un des » deux conjoints par mariage va de vie à trépas, & délaisse *aucuns enfans* » *mineurs dudit mariage.* »

Il n'est pas nécessaire que le prédécédé en ait laissé plusieurs ; il suffit qu'il en ait laissé un seul ; c'est ce qui résulte de ces termes dudit article : l'*ENFANT OU ENFANS peuvent si bon leur semble, &c.*

Sous ces termes : *délaisse aucuns enfans mineurs dudit mariage*, on doit com-

prendre les petits-enfans qui viendroient à la succeſſion du prédécédé, par repréſentation de leur pere ou mere, enfant du mariage mort avant le prédécédé; car les petits-enfans ſont compris ſous le terme *enfans*, *liberorum nomine nepotes continentur.*

781. Lorſque les enfans du mariage que le prédécédé a laiſſés pour ſes héritiers ſont majeurs, il n'y a pas lieu à la continuation de communauté. La Coutume, en l'établiſſant pour le cas auquel il y a quelqu'enfant mineur, l'exclut tacitement pour le cas auquel ils ſeroient tous majeurs, ſuivant cet axiome : *incluſio unius eſt excluſio alterius.* La raiſon de la différence entre l'un & l'autre cas, eſt que lorſque les enfans ſont mineurs, n'étant pas, par le défaut de leur âge, en état de veiller à leurs intérêts, & de faire conſtater par un inventaire la part qu'ils ont dans les biens de la communauté, le ſurvivant, comme chargé de leurs intérêts, doit le faire pour eux; & faute de l'avoir fait, il eſt ſujet à la peine de la continuation de communauté.

Au contraire, lorſque les enfans ſont tous majeurs, le ſurvivant n'étant point chargé de leurs intérêts, auxquels ils pouvoient veiller par eux-mêmes, étant majeurs, il ne doit pas être ſujet à la peine de la continuation de communauté, faute d'avoir fait conſtater par un inventaire la part de ſes enfans; ces enfans étant majeurs, ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes, ſi cela n'a pas été fait.

782. Dans les Coutumes qui réputent les enfans majeurs à vingt ans, & qui ſuivent ſur la continuation de communauté la Coutume de Paris, y a-t-il lieu à la continuation de communauté, lorſque le prédécédé a laiſſé un enfant majeur de vingt ans, quoiqu'au-deſſous de vingt-cinq ans? Lebrun, *liv.* 3, *chap.* 3, *ſect.* 2, tient avec raiſon l'affirmative : cette majorité coutumiere eſt une majorité imparfaite, qui donne ſeulement à l'enfant le droit d'adminiſtrer ſes biens, & qui de même qu'elle ne l'empêche pas d'être conſidéré comme mineur pour l'aliénation de ſes biens-fonds, & pour le bénéfice de reſtitution en entier en matiere importante, ſuivant la Doctrine de Dumoulin, en ſes notes ſur l'article 444 d'Anjou, 455 du Maine & ailleurs : elle ne doit pas l'empêcher d'être conſidéré comme mineur, pour le fait de la continuation de communauté.

Par la même raiſon, la continuation de communauté a lieu avec un enfant mineur, quoiqu'au temps de la mort du prédécédé il fût marié, & qu'il eût été doté par ſes pere & mere; car quoique le mariage l'émancipe & lui donne le droit d'adminiſtrer ſon bien, il ne le rend pas majeur; & la dot qu'il a reçue n'empêche pas que le ſurvivant ne lui doive un compte de la part des biens de la communauté appartenante à la ſucceſſion du prédécédé, ce qui ſuffit pour que le ſurvivant ſoit ſujet à la peine de la continuation, faute d'avoir fait conſtater le mobilier de la communauté, dont il doit compte à cet enfant pour la part qu'il y a; Lebrun, *liv.* 3, *chap.* 3, *ſect.* 2, *n.* 12.

783. Quoique la fille mineure que le prédécédé a laiſſé pour ſon héritiere, fut alors mariée à un mari majeur, il ne laiſſe pas d'y avoir lieu à la continuation de communauté; car la Coutume l'admet indiſtinctement, *quand l'un des conjoins délaiſſe aucuns enfans mineurs*; c'eſt pourquoi le gendre, quoique majeur, peut du chef de ſa femme qui étoit mineure, demander au ſurvivant, faute d'inventaire, continuation de communauté.

784. Si le prédécédé a laiſſé un enfant mineur, à la vérité, lors de la mort du prédécédé, mais qui eſt devenu majeur avant l'expiration du délai de trois mois qui eſt accordé au ſurvivant pour faire inventaire, y a-t-il lieu à la continuation de communauté? Vaſſin penſe qu'il n'y a pas lieu, & il cite pour cette opinion Lebrun, *liv.* 3, *ſect.* 1, *n.* 14. On dit pour cette opinion, que dans la Coutume de Paris la continuation de la communauté étant la peine du défaut d'inventaire, le ſurvivant ne peut dans l'eſpece propoſée, avoir encouru cette peine, parce qu'il n'a pas été en demeure de le faire pendant la minorité de l'enfant, qui a ceſſé avant que le délai qui lui eſt accordé pour le faire, fut expiré, & qu'il n'a pas été non plus en demeure depuis la majorité de l'enfant, n'étant obligé à faire inventaire qu'à ſes enfans mineurs, & non à ſes enfans majeurs.

Cette opinion me paroît contraire au texte de la Coutume: ces termes de l'article 240, *quand l'un des conjoints va de vie à trépas, & délaiſſe aucuns enfans mineurs*, font entendre que c'eſt au temps du trépas du prédécédé que la Coutume conſidere, ſi les enfans ſont mineurs, pour qu'il y ait lieu à la continuation de communauté: il ſuffit donc que l'enfant ait été mineur lors du décès du prédécédé, pour que le ſurvivant ait dès ce temps contracté envers cet enfant l'obligation de la continuation de communauté, ſi dans le délai qui lui eſt accordé, il ne ſatisfaiſoit pas à la condition de faire inventaire qui lui eſt preſcrite pour s'en décharger; le ſurvivant ayant une fois contracté cette obligation envers l'enfant mineur, la majorité de cet enfant qui ſurvient, ne peut l'éteindre.

785. Lorſque l'enfant que le prédécédé a laiſſé pour héritier, étoit majeur, à la vérité, mais en démence, y a-t-il lieu à la continuation de communauté?

Pour la négative, on dira que les diſpoſitions de Coutume ſont de droit étroit, & ne ſont pas ſuſceptibles d'extenſion, ſur-tout lorſqu'elles ſont pénales, telle qu'eſt celle qui établit la continuation de communauté: qu'ainſi la Coutume de Paris n'ayant accordé la continuation de communauté qu'aux enfans mineurs du mariage, ne s'étant point expliquée pour le cas des majeurs qui ſeroient en démence, ſa diſpoſition n'y doit pas être étendue: d'un autre côté, on peut dire avec plus de raiſon pour l'affirmative, que *ubi eadem æquitas & eadem ratio occurrit, idem jus ſtatuendum eſt.* Cet enfant qui eſt en démence, quoique majeur, n'eſt pas plus en état de pourvoir par lui-même à ſes intérêts, & de faire conſtater par un inventaire la part qui lui appartient dans la communauté, que le ſont des mineurs; le ſurvivant ne doit pas moins être chargé de ſes intérêts, qu'il l'eſt de ceux de ſes mineurs: il ne doit donc pas moins être obligé de faire conſtater par un inventaire la part de cet inſenſé, qu'il y eſt obligé à l'égard de ſes mineurs; & faute de l'avoir fait, il doit être ſujet à la même peine de la continuation de communauté, à laquelle il eſt ſujet envers ſes enfans mineurs. Quant à ce qu'on dit que la diſpoſition de la Coutume de Paris pour la continuation de la communauté, eſt une diſpoſition pénale qui n'eſt pas ſuſceptible d'extenſion: la réponſe eſt que quoiqu'elle ſoit pénale, elle eſt néanmoins très-favorable, puiſqu'elle tend à éviter des procès & des diſcuſſions qui ſeroient inévitables, s'il falloit entrer dans l'examen de ce à quoi pouvoit monter la portion des enfans au

temps de la mort du prédécédé. C'eſt l'avis de Lebrun, *chap. 3, ſect. 2, n. 31.*

786. Pour qu'il y ait lieu à la continuation de communauté, il faut que les enfans mineurs, que le prédécédé a laiſſés, aient été ſes héritiers, ou dumoins ſes ſucceſſeurs à titre univerſel, tel qu'eſt un enfant mineur, donataire univerſel, ou légataire univerſel du total, ou d'une partie des biens du prédécédé; tels que ſont pareillement les enfans mineurs d'un homme condamné à peine capitale, auxquels le Prince a fait remiſe de la confiſcation. Dans tous ces cas, les enfans mineurs ont droit de demander continuation de communauté au ſurvivant qui n'a pas fait inventaire.

Mais il eſt évident que la continuation de communauté ne peut être demandée ni par un exhérédé, ni par les filles, qui, par la dot qu'elles ont reçue, ſont dans certaines Coutumes exclues de la ſucceſſion; ni par les enfans qui ont renoncé à la ſucceſſion du prédécédé, s'ils ne ſe ſont reſtituer contre leur renonciation.

787. Il ne ſuffit pas même que les enfans aient été héritiers du prédécédé, il faut qu'ils lui aient ſuccédé à une part dans les biens de la communauté.

C'eſt pourquoi, ſi par une clauſe du contrat de mariage les héritiers du prédécédé n'avoient à prétendre qu'une certaine ſomme pour tout droit de communauté, il ne pourroit y avoir lieu en ce cas à la continuation de communauté; car leur droit étant fixé à une ſomme certaine & invariable, & n'ayant aucune part ni dans l'actif, ni dans le paſſif de la communauté, ils ne peuvent avoir aucun intérêt que les biens de la communauté ſoient conſtatés par un inventaire: ils ne peuvent donc ſe plaindre de ce que le ſurvivant a manqué de le faire, ni demander pour dédommagement la continuation de communauté.

Par la même raiſon, il ne peut pas y avoir lieu à la continuation de communauté, lorſque les enfans héritiers de leur mere prédécédée, ont renoncé à la communauté, tant que cette renonciation ſubſiſte; mais ſi par des lettres de reſciſion ils ſe ſont fait reſtituer contre leur renonciation, ils pourront demander continuation de communauté.

788. Pour qu'il y ait lieu à la continuation de communauté, il faut que les enfans mineurs que le prédécédé a laiſſés pour héritiers, ſoient enfans du mariage du prédécédé & du ſurvivant; ſi le prédécédé n'avoit laiſſé que des enfans mineurs d'un mariage précédent, il n'y auroit pas lieu à la continuation de communauté; car la Coutume dit, *enfans mineurs dudit mariage*, & la raiſon eſt, que le ſurvivant n'étant pas chargé des intérêts de ces enfans qui ne ſont pas les ſiens, ne doit pas être ſujet à la peine de la continuation de communauté, faute d'avoir fait un inventaire pour conſtater la part qu'avoient leſdits enfans dans le mobilier.

On a prétendu que quoique le prédécédé n'eût laiſſé des enfans que d'un précédent mariage, il y avoit un cas auquel ces enfans pouvoient demander continuation de communauté au ſurvivant; c'eſt le cas auquel une femme auroit convolé à de ſecondes noces, ſans avoir fait, juſqu'à ſa mort, inventaire pour diſſoudre la communauté avec les enfans de ſon premier mari. On prétend que ces enfans qui, du vivant de leur mere, formoient une tête

dans la continuation de communauté qui étoit entr'eux, leur mere & leur beau-pere pouvoient après la mort de leur mere, en leur qualité d'enfans mineurs héritiers de leur mere, demander à leur beau-pere continuation de communauté. Dupleſſis qui rapporte cette opinion, la rejette avec raiſon. La Coutume ayant dit : quand l'un des conjoints va de vie à trépas, & délaiſſe aucuns enfans *dudit mariage*, elle déclare bien formellement qu'elle n'admet la continuation de communauté, que lorſque le prédécédé a laiſſé quelqu'enfant mineur de ſon mariage avec le ſurvivant, & qu'elle ne l'admet en aucun cas, lorſqu'il n'a laiſſé que des enfans d'un précédent mariage; c'eſt pourquoi dans l'eſpece ci-deſſus, la mort de la femme ne peut donner lieu à la continuation de communauté; mais elle diſſout & la communauté de cette femme avec ſon mari, & celle en laquelle elle étoit avec ſes enfans.

789. Lorſque le ſurvivant eſt donataire en propriété de la part du prédécédé dans les meubles & conquêts, ou même ſeulement dans les meubles de la communauté; on a agité la queſtion, ſi même en ce cas il y a lieu à la continuation de communauté, faute par le ſurvivant d'avoir fait inventaire à ſes enfans mineurs ? La raiſon pour la négative ſe préſente d'abord; l'eſprit de la Coutume de Paris, en obligeant le ſurvivant à faire inventaire à ſes enfans mineurs, héritiers du prédécédé, & en établiſſant contre lui la peine de la continuation de communauté, faute de l'avoir fait, a été de faire conſtater le montant de la part qui appartenoit aux enfans dans le mobilier de la communauté qui s'eſt trouvé au temps de la mort du prédécédé; faute par le ſurvivant de l'avoir fait conſtater par un inventaire, la Coutume vient au ſecours des enfans; & pour les dédommager & leur tenir lieu de la part qui leur appartenoit dans ce mobilier, qui, faute d'inventaire, ne peut plus facilement ſe conſtater, elle leur donne à la place une part dans tous les biens de la continuation de communauté qu'elle fait continuer pour cet effet. De-là il ſuit que la continuation de communauté n'étant accordée aux enfans qu'à la place & pour leur tenir lieu de la part du mobilier à laquelle ils ont ſuccédé au prédécédé, ils ne peuvent la prétendre, lorſqu'au moyen de la donation que le prédécédé en a faite au ſurvivant, ils n'y ont pas ſuccedé.

Au contraire, pour ſoutenir que cette donation n'empêche pas qu'il y ait lieu à la continuation de communauté faute d'inventaire, on dit que quoique le mobilier du prédécédé ait été donné au ſurvivant, les enfans ont intérêt qu'il ſoit conſtaté par un inventaire, 1°. pour connoître la part que le ſurvivant donataire doit porter dans les dettes de la ſucceſſion du prédécédé, pour raiſon de la donation de ce mobilier : 2°. pour connoître ſi cette donation n'entame pas leur légitime. La réponſe eſt, que ce n'eſt pas en ce cas par une continuation de communauté, qu'on remedie au défaut d'inventaire; mais en portant lors de la contribution aux dettes, le mobilier compris en la donation, au plus haut prix qu'on puiſſe vraiſemblablement croire qu'il ait pu monter, ou encore mieux, en offrant par le ſurvivant de ſe charger ſeul de toutes les dettes. A l'égard de la légitime, on peut s'aſſurer par la grande quantité de biens immeubles que le prédécédé laiſſe dans ſa ſucceſſion, que

la

la donation du mobilier n'a pu entamer la légitime. Lemaître, sur Paris, allegue une troisieme raison, qui consiste à dire que les enfans ont intérêt que le mobilier du prédécédé qui a été donné au survivant, soit constaté par un inventaire; parce que dans le cas auquel le survivant se remarieroit, ce mobilier donné au survivant doit, suivant le second chef de l'Edit des secondes noces, leur être restitué après la mort du survivant; on doit donc établir une continuation de communauté, dans laquelle on doit leur donner part, pour leur tenir lieu de ce mobilier compris dans la donation. La réponse est, que le mobilier donné au survivant ne devant etre restitué aux enfans que dans le cas auquel le survivant se seroit remarié, & ne devant même en ce cas leur être rendu qu'après sa mort, c'est une conséquence qu'au moins ils ne pourroient, sur ce fondement, prétendre la continuation de communauté qui leur en tient lieu, tant que le survivant ne se remarie pas; & que même dans le cas où il seroit remarié, ils ne pourroient la prétendre qu'après sa mort.

On allegue un Arrêt du 6 Juin 1673, rapporté au troisieme tome du Journal des Audiences, *liv. 7, chap. 7*; & par Brodeau sur Louet, par lequel il a été jugé qu'il y avoit lieu à la continuation de communauté, quoique dans l'espece le survivant fût donataire en propriété des meubles & conquêts du prédécédé: la réponse est que cet Arrêt ayant été rendu dans la Coutume de Poitou, n'a aucune application dans celle de Paris; la Coutume de Poitou ayant sur la continuation de communauté, des principes entiérement différens de ceux de la Coutume de Paris: elle admet la continuation de communauté, soit que les enfans soient en bas âge, ou non; elle ne l'admet donc pas par forme de peine; elle la fait résulter seulement du mélange des biens: c'est dans cette Coutume une société qui est censée se contracter entre le survivant & les enfans, quand il n'y a pas de déclaration contraire, & à laquelle il suffit que les enfans apportent les revenus de leurs propres, lorsqu'ils n'ont pas autre chose à y apporter, & que le survivant, en ne faisant pas de déclaration contraire, a bien voulu s'en contenter.

On oppose avec plus de fondement un Arrêt du 10 Juillet 1627, qui a jugé que dans la Coutume de Dreux, qui ne s'explique pas sur la continuation de communauté, il y avoit lieu à la continuation de communauté avec les enfans mineurs faute d'inventaire; quoique dans l'espece de l'Arrêt, le survivant fût donataire des meubles & acquêts en propriété. L'Arrêt est en forme de Réglement, & porte qu'il sera lu aux Sieges de Dreux & de Chartres: il est rapporté par Auzanet & par Joui dans son Recueil de Réglemens.

790. Lorsqu'un enfant a été doté par ses pere & mere, avec la clause qu'il ne pourroit demander inventaire ni partage au survivant; & que, lors de la mort du prédécédé, il se trouve encore mineur, le survivant est-il dispensé par cette clause, de faire inventaire pour empêcher la continuation de communauté? Non: la clause du contrat de mariage ne donne au survivant que le droit de jouir de la part de cet enfant dans les biens de la communauté, comme le permet l'article 281 de la Coutume. La propriété de cette part appartient à l'enfant: il est donc nécessaire de la constater par un inventaire; le survivant, en ne le faisant pas, se soumet à la continuation de

communauté qui y doit suppléer : l'enfant, par la clause du contrat de mariage, ne s'oblige à autre chose qu'à demeurer en continuation de communauté avec le survivant, tant que le survivant ne jugera pas à propos de faire inventaire, & à laisser jouir le survivant de sa part.

## §. III.

### *Troisieme condition : l'inobservance de quelqu'une des choses que la Coutume requiert pour la dissolution de communauté.*

791. Lorsque le prédécédé de deux conjoints par mariage étant en communauté, a laissé pour héritiers des enfans mineurs dudit mariage, la Coutume de Paris exige en ce cas du survivant, certaines choses pour la dissolution de la communauté. S'il les observe toutes, il n'y a pas lieu à la continuation de communauté; mais il y a lieu, s'il manque à une seule des choses qui lui sont prescrites.

La premiere chose que la Coutume de Paris exige, pour empêcher la continuation de communauté, est que le survivant fasse un inventaire.

792. Cet inventaire doit être une description exacte de tous les meubles corporels dont la communauté est composée, & de tous les titres, papiers & enseignemens des biens de ladite communauté.

Il doit aussi contenir la prisée de chacun desdits meubles corporels, qui se fait par un Huissier-Priseur, convenu entre le survivant & le contradicteur, lequel Huissier se fait, pour cette prisée, assister par des Revendeurs publics.

S'ils ne peuvent convenir de l'Huissier-Priseur, le Juge en nommera un. Dans les lieux où il n'y a pas d'Huissier-Priseur, la prisée se fera par des experts nommés par les parties ou par le Juge, & qui feront serment devant le Juge.

193. Cet inventaire doit être fidele & contenir tous les effets de la communauté qui sont à la connoissance du survivant. La fin que la Coutume se propose, en exigeant un inventaire, étant de constater la part qu'ont les mineurs dans les biens de la communauté, il est évident que le survivant ne remplit pas cette fin par un inventaire infidele, qui ne contient pas tous les effets qui sont à sa connoissance, & par conséquent un tel inventaire ne peut empêcher la continuation de communauté.

Il est étonnant que M. le Camus, dans un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 18 Janvier 1707, ait été d'avis contraire, & ait pensé qu'un inventaire, quoiqu'infidele, pourvu qu'il fut revêtu de ses formes extérieures, ne laissoit pas d'empêcher la continuation de communauté, & donnoit seulement lieu à l'action *rerum amotarum*. Cette opinion a été proscrite par les Arrêts des 4 Septembre 1747, 18 Mai 1752 & autres, rapportés par Dénisart sur le mot *continuation de communauté*.

Mais quoiqu'il y ait des omissions dans l'inventaire, si elles ne sont pas malicieuses, les effets omis ayant pu échapper à la mémoire du survivant, l'inventaire ne laisse pas d'être valable, & d'empêcher la continuation de

communauté, sauf à y ajouter par la suite ceux qui surviendroient à sa connoissance; car les Loix n'entendent pas obliger à l'impossible. C'est pourquoi la Coutume de Paris, en obligeant le survivant à un inventaire, pour empêcher la continuation de communauté, n'entend l'obliger qu'à un inventaire des effets qui sont à sa connoissance.

Sur la question de sçavoir, quand les omissions qui se trouvent dans l'inventaire, doivent être, ou non, présumées malicieuses, Voyez ce qui a été dit *suprà*, *n.* 688.

794. A l'égard de la forme dans laquelle doit être fait cet inventaire, il y a un Réglement pour Paris du 6 Avril 1632, qui ordonne qu'il sera fait devant Notaires, & écrit de la main du Notaire ou de son Clerc, & non de celle de l'une ou de l'autre des parties; il doit au surplus être revêtu de toutes les formes requises dans les actes devant Notaires. Renusson rapporte un Arrêt qui a déclaré un inventaire nul, & la communauté continuée, parce qu'il n'étoit signé que d'un Notaire & des parties.

795. La Coutume ne s'est pas expliquée sur le temps dans lequel cet inventaire devoit être fait; l'usage l'a déterminé au temps de trois mois pour le commencer & le parachever. On s'est fondé sur l'Ordonnance de 1667, qui, dans un autre cas, a accordé ce temps aux veuves pour faire inventaire.

Lorsque le survivant a laissé passer ce temps sans faire & parachever son inventaire, ce qui a été fait depuis, ne peut empêcher qu'il y ait eu continuation de communauté depuis la mort du prédécédé; il ne peut qu'arrêter le cours de cette continuation de communauté.

M. de Lamoignon, *art.* 115 de ses Arrêtés, veut que la date de la derniere vacation, soit dans les trois mois.

Mais lorsque le survivant a parachevé son inventaire dans les trois mois depuis la mort du prédécédé, & qu'il a satisfait à toutes les autres choses requises par la Coutume, cet inventaire empêche qu'il n'y ait eu aucune continuation de communauté: la communauté est censée en ce cas dissoute du jour de la mort du prédécédé, & non pas seulement du jour de l'inventaire; c'est pourquoi, si le survivant avoit acquis quelque chose dans le temps intermédiaire entre la mort du prédécédé & l'inventaire, il l'auroit acquis pour lui seul, & il ne seroit pas obligé de le comprendre dans l'inventaire parmi les effets de la communauté: la raison en est évidente. La continuation de communauté est une peine que la Coutume a établie contre le survivant; or le survivant ne peut être sujet à aucune peine, lorsqu'il a satisfait dans le temps prescrit à tout ce que la Coutume exige de lui; il ne peut donc y avoir lieu en ce cas à la continuation de communauté.

796. La seconde chose que la Coutume exige du survivant, est qu'il fasse son inventaire *avec un légitime contradicteur*; ce sont les termes de l'article 240, qui ont été insérés lors de la réformation.

Cette disposition de la Coutume de Paris, sur la présence d'un légitime contradicteur à l'inventaire, pour que l'inventaire puisse dissoudre la communauté, a été étendue aux Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. C'est ce qui a été jugé par plusieurs Arrêts. Il y en a un de 1728 en la Quatrieme

Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Lambelin, qui l'a jugé pour la Coutume de Roye.

797. Le légitime contradicteur eſt le tuteur des mineurs, lorſqu'ils en ont un autre que le ſurvivant. Lorſque c'eſt le ſurvivant qui eſt lui-même tuteur de ſes enfans mineurs, il doit leur faire nommer par le Juge un ſubrogé tuteur, qu'on appelle autrement *curateur pour le fait d'inventaire ;* à Orléans on l'appelle *auteur ;* le Juge nomme celui qui eſt élu par les parens convoqués a cet effet devant lui au nombre de cinq ou ſix au moins ; ou à défaut de parens, par des voiſins & amis.

Ce ſubrogé tuteur doit, pour avoir qualité, avoir prêté ſerment devant le Juge, comme l'a établi M. d'Agueſſeau dans ſon Plaidoyer, qui eſt au quatrieme tome de ſes Œuvres, ſur lequel eſt intervenu Arrêt du 20 Juin 1698, qui a déclaré un inventaire nul, fait avec un ſubrogé tuteur nommé par le Juge, parce qu'il n'avoit pas prêté ſerment ; & a déclaré en conſéquence la communauté continuée.

C'eſt ce ſubrogé tuteur, après qu'il a prêté ſerment, qui eſt le légitime contradicteur, avec qui l'inventaire doit être fait, pour qu'il ſoit valable & qu'il puiſſe empêcher la continuation de communauté. Il peut y aſſiſter, ou par lui-même, ou par une perſonne fondée de ſa procuration ſpéciale : il eſt évident qu'il ne peut charger de ſa procuration le ſurvivant, la même perſonne ne pouvant pas dans un acte, ſoutenir des perſonnages oppoſés.

L'inventaire qui ſeroit fait avec les plus proches parens des mineurs, même avec l'ayeul des mineurs du côté du conjoint prédécédé, n'eſt pas valable, ſi cet ayeul, ou autre parent avec qui l'inventaire a été fait, n'a pas été nommé par le Juge pour ſubrogé tuteur aux mineurs.

Quelque grande que ſoit la préſomption que les liens du ſang forment de l'attachement de cet ayeul aux intérêts des mineurs, & du ſoin qu'il a apporté à l'inventaire, il ſuffit qu'il n'ait pas été nommé par le Juge, pour qu'il ait été ſans qualité ; pour qu'il ne ſoit pas *le* LÉGITIME *contradicteur*, avec qui la Coutume a voulu que l'inventaire fût fait, & pour qu'en conſéquence l'inventaire fait avec lui ne ſoit pas valable, & n'ait pu empêcher la continuation de communauté ; car les formalités que les Coutumes preſcrivent, doivent être obſervées littéralement, & elles ne peuvent l'être par équipollence.

Par la même raiſon, l'Officier chargé du miniſtere public, en préſence de qui le ſurvivant auroit fait ſon inventaire, ne peut ſuppléer au légitime contradicteur, avec qui la Coutume a voulu qu'il fût fait.

L'inventaire doit être non-ſeulement commencé, mais entiérement parachevé avec le ſubrogé tuteur ; ſi après avoir été commencé avec lui, il venoit à mourir avant qu'il fût parachevé, il faudroit en nommer un autre en ſa place, avec qui l'inventaire devroit être parachevé pour ce qui en reſte à faire.

798. La troiſieme formalité que la Coutume de Paris exige, pour empêcher la continuation de communauté, eſt que le ſurvivant faſſe clorre ſon inventaire dans les trois mois qu'il a été fait.

Pour cet effet, le ſurvivant ſe préſente devant le Juge avec le Notaire qui

doit rapporter la minute de l'inventaire : le Juge reçoit le ſerment du ſurvivant qu'il a compris dans l'inventaire, qu'il repréſente tous les effets, titres & papiers de la communauté qui ſont à ſa connoiſſance, & il en donne acte, lequel acte eſt écrit par le Greffier ſur la minute de l'inventaire, en tête & à la fin ; c'eſt ce qui eſt porté par l'acte de notoriété du 11 Janvier 1701, ci-deſſus cité.

Par Arrêt de Réglement de 1655, rapporté par Joui, cela doit ſe faire en préſence du légitime contradicteur, qui doit ſigner la minute de l'acte de clôture.

Faute de cette clôture faite dans ledit temps, l'inventaire, quoique fait incontinent après la mort du prédécédé, quoique fait d'ailleurs dans toutes les regles, & avec un légitime contradicteur, n'eſt pas valable & n'a pas empêché la continuation de communauté ; c'eſt ce qui eſt porté expreſſément par l'article 241.

La formalité de la clôture d'inventaire preſcrite par la Coutume de Paris, a été étendue aux Coutumes, qui, pour la diſſolution de communauté, requierent un inventaire, ſans s'expliquer ſur la clôture. C'eſt ce qui a été jugé pour la Coutume de Senlis par Arrêt du 5 Mars 1722, rendu en forme de Réglement. Toutes les choſes requiſes pour diſſoudre la communauté, le ſont, même dans le cas auquel la femme renonceroit à la communauté. C'eſt la diſpoſition d'un Arrêt de Réglement du 4 Mars 1727, rendu ſur les Concluſions de M. d'Agueſſeau. Par cet Arrêt, la Cour faiſant droit ſur le Réquiſitoire du Procureur Général du Roi, ordonne qu'à l'avenir, arrivant le décès de l'un des conjoints par mariage, laiſſant des enfans mineurs dudit mariage, le conjoint ſurvivant ſera tenu de faire bon & loyal inventaire, avec perſonne capable, & légitime contradicteur, & icelui faire clorre en Juſtice dans les trois mois, meme dans le cas où la femme ſurvivante auroit renoncé à la communauté ; & à faute de ce faire par le ſurvivant, ſera la communauté continuée, ſi bon ſemble aux enfans.

799. Tout ce qui eſt preſcrit par la Coutume, pour que l'inventaire puiſſe empêcher la continuation de communauté, étant établi en faveur des enfans mineurs du mariage que le prédécédé a laiſſés pour ſes héritiers, il n'y a qu'eux qui peuvent en oppoſer les défauts, le ſurvivant n'eſt pas recevable à les oppoſer. C'eſt pourquoi, quoiqu'un inventaire ait été fait après la mort du prédécédé ſans légitime contradicteur, quoiqu'il n'ait pas été clos, ſi les enfans ne le déſaprouvent pas & demandent au ſurvivant leur part dans les biens de la communauté, conformément à cet inventaire, le ſurvivant ne peut s'en défendre, & il n'eſt pas reçu à oppoſer que cet inventaire eſt nul, que la communauté a continué, & qu'il en faut faire un autre.

## §. IV.

### *Quatrieme condition : pour qu'il y ait continuation de communauté, il faut qu'elle ait été demandée.*

800. La continuation de communauté ne conſiſtant dans la Coutume de Paris, que dans un droit & une faculté que cette Coutume accorde aux en-

ſans mineurs, de demander au ſurvivant part dans tous les meubles & dans les acquêts faits par le ſurvivant depuis la mort du prédécédé, que le ſurvivant ſe trouve avoir, comme ſi la communauté eût toujours continué par rapport à ces choſes, laquelle part leur tient lieu de dédommagement de ce que le ſurvivant a manqué de faire conſtater celle qui leur appartenoit dans les biens de la communauté au temps de la mort du prédécédé : il s'enſuit que tant que les enfans ou leurs repréſentans n'ont pas paru uſer de cette faculté que la Coutume leur donne, & qu'ils n'ont pas demandé au ſurvivant la continuation de communauté : on ne peut dire qu'il y ait eu continuation de communauté ; car il eſt de la nature de tous les droits qui conſiſtent dans une faculté, qu'ils n'ont lieu que lorſque les perſonnes à qui la faculté eſt accordée, en veulent uſer.

Suivant ces principes, lorſque le prédécédé de deux conjoints a laiſſé pour héritier un enfant de leur mariage, & que le ſurvivant, après avoir vécu long-temps ſans faire inventaire, & ſans que cet enfant ait donné aucune demande contre lui, meurt auſſi, & laiſſe auſſi pour unique héritier ce même enfant, il n'y aura pas eu en ce cas de continuation de communauté : l'enfant qui avoit la faculté de la demander au ſurvivant, ne la lui ayant jamais demandée, & ne pouvant plus la demander depuis la mort du ſurvivant, puiſqu'il en eſt l'unique héritier.

C'eſt pourquoi dans cette eſpece, tous les acquêts faits par le ſurvivant depuis la mort du prédécédé, ne ſeront point conſidérés comme acquêts faits en continuation de communauté, mais comme acquêts faits par le ſurvivant pour ſon compte ſeul : l'enfant ſera cenſé les avoir recueillis pour le total dans la ſucceſſion du ſurvivant, & ils ſeront en conſéquence dans la ſucceſſion de l'enfant, cenſés être pour le total, propres naiſſans du côté du ſurvivant ; au-lieu que s'il y eût eu continuation de communauté, ils euſſent été pour moitié acquêts en la perſonne de l'enfant, & propres naiſſans du côté du ſurvivant pour l'autre moitié ſeulement.

## ARTICLE II.

### *En quels cas y a-t-il lieu à la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume d'Orléans.*

801. La Coutume d'Orléans n'a rien de différent de celle de Paris quant à la premiere condition requiſe, pour qu'il y ait lieu à la continuation de communauté, *ſuprà*, *n.* 784. A Orléans, de même qu'à Paris, il ne peut y avoir de continuation de communauté, s'il n'y avoit pas au temps de la mort du prédécédé une communauté entre les conjoints.

802. A l'égard de la ſeconde condition, il y a beaucoup de différence entre les deux Coutumes : au-lieu que la Coutume de Paris ne l'admet que lorſque le prédécédé laiſſe pour héritiers des enfans du mariage des deux conjoints, qui ſoient mineurs au temps de la mort du prédécédé. Au contraire, la Coutume d'Orléans établit une continuation de communauté entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé quels qu'ils ſoient, ſoit qu'ils ſoient

enfans d'un autre mariage, ou même de simples collatéraux ; elle l'établit avec lesdits héritiers, soit majeurs, soit mineurs.

C'est ce qui résulte de ces termes de l'article 216 de la Coutume d'Orléans, ci-dessus rapporté : » La communauté de biens se continue & conserve entre » le survivant pour la moitié, & lesdits enfans, ou autres parens & héritiers » pour l'autre moitié, chacun pour leurs portions viriles & héréditaires. »

La raison est que dans la Coutume d'Orléans la continuation de communauté n'est fondée que sur le mélange des biens ; c'est pourquoi cette Coutume ne considere dans ceux qu'elle met en continuation de communauté avec le survivant, que leur seule qualité d'héritiers & successeurs aux biens du prédécédé.

803. Pour qu'il y ait lieu à la continuation de communauté entre les héritiers du prédécédé & le survivant, il faut, tout comme à Paris, que lesdits héritiers du prédécédé lui aient succédé à une part des biens de la communauté ; c'est pourquoi, lorsqu'il est porté par le contrat de mariage des conjoints, que les héritiers du prédécédé n'auront pour tout droit de communauté qu'une certaine somme, il n'y a pas de continuation de communauté, de même qu'il n'y en a pas à Paris ; car les héritiers du prédécédé n'ayant dans ce cas aucune part dans les biens de la communauté, n'ayant en conséquence aucuns biens mêlés & communs avec ceux du survivant, n'ayant contre lui que la créance d'une somme certaine, il ne peut y avoir lieu à la continuation de communauté, qui n'est fondée que sur ce mélange des biens.

804. Par la même raison il n'y a pas lieu à la continuation de communauté dans la Coutume d'Orléans entre nobles, lorsque les héritiers du prédécédé sont des enfans mineurs, qui tombent en la garde-noble du survivant ; car la Coutume accordant au survivant, pour émolument de la garde-noble, tout le mobilier qui est échu à ses mineurs de la succession du prédécédé, & tout le revenu des immeubles qui leur viennent de ladite succession ; il ne reste rien auxdits mineurs, dont le mélange, avec les biens du survivant, puisse former une continuation de communauté.

Ce n'est que ce cas de la garde-noble que la Coutume entend excepter de la continuation de communauté, par ces termes de l'article 216 ; *Si de deux non nobles, &c.* Lorsqu'il n'y a pas lieu à la garde-noble, soit parce que le survivant y a renoncé, soit parce que les enfans, lors de la mort du prédécédé, avoient déja passé l'âge auquel les enfans tombent en garde-noble, il y a en ce cas lieu à la continuation de communauté entre nobles, aussi-bien qu'entre non nobles. C'est ce qui paroît par l'article 184 de l'ancienne Coutume d'Orléans, qui porte : » Toutefois, si entre nobles le survivant veut » prendre les meubles, faire le peut, en prenant la garde des enfans mineurs, » & *en ce faisant*, n'a lieu ladite communauté. »

Cette interprétation est constante dans l'usage ; & personne ne doute dans la Province, que la continuation de communauté entre nobles a lieu, quand il n'y a pas de garde noble.

805. Lorsque le prédécédé a laissé pour héritiers plusieurs enfans, dont les uns sont tombés en garde noble, les autres avoient passé l'âge au temps

de la mort du prédécédé, la continuation de communauté n'a pas lieu avec ceux qui ſont tombés en garde-noble, mais elle a lieu avec ceux qui n'y ſont pas tombés.

806. Quelle ſera en ce cas la part qu'auront dans la continuation de communauté, les enfans avec qui elle a continué? Suppoſons, par exemple, que le prédécédé a laiſſé trois enfans, dont deux ſont tombés en garde noble, & qu'il y a eu continuation de communauté avec le troiſieme; quelle part aura ce troiſieme enfant dans la continuation de communauté? Il y a de ſon chef un tiers en la moitié, qui fait un ſixieme au total. C'eſt ce qui réſulte de l'article 216 de la Coutume d'Orléans, qui dit: *La communauté de biens ſe continue entre le ſurvivant pour la moitié, & leſdits enfans & héritiers pour l'autre moitié, chacun pour leurs portions viriles & héréditaires.* Dans cette eſpece l'enfant avec qui la communauté continue, étant héritier pour un tiers du prédécédé, ſa portion virile & héréditaire qu'il doit avoir de ſon chef dans la communauté, eſt aux termes de cet article, comme nous l'avons dit, un tiers en la moitié, qui fait un ſixieme au total. La difficulté tombe ſur les deux autres tiers en la moitié, qui euſſent appartenus aux deux autres enfans, ſi la communauté eût auſſi continué avec eux, & qu'ils ne fuſſent pas tombés en garde-noble: ces deux portions appartiendroient-elles au ſurvivant ſeul, comme ayant ſuccédé auxdits enfans par la garde-noble, & étant en conſéquence aux droits deſdits enfans? ou le ſurvivant ſera-t-il tenu de les partager avec l'enfant avec qui il eſt en continuation de communauté, au *prorata* des portions que le ſurvivant & ledit enfant y ont chacun de leur chef?

La raiſon pour ce partage eſt, que la continuation de communauté ayant commencé dès l'inſtant de la mort du prédécédé, elle a commencé au même temps que la garde-noble a été ouverte au profit du ſurvivant. Tout le droit que le ſurvivant a acquis par la garde-noble, a donc été par lui acquis pendant la continuation de communauté, & doit par conſéquent y tomber. Car c'eſt un principe, que tout ce qui eſt acquis par le ſurvivant pendant la continuation de communauté, y tombe. Il eſt vrai que par l'article 217, la Coutume en excepte ce qui advient au ſurvivant par ſucceſſion ou legs; mais l'émolument d'une garde noble, n'eſt ni une ſucceſſion, ni une donation: c'eſt comme un marché & un forfait, par lequel le gardien acquiert des enfans qui tombent en la garde-noble, les choſes qui y entrent pour certaines charges, auxquelles il s'oblige envers eux; ce marché & ce forfait étant faits pendant la continuation de communauté, les choſes qui en ont été l'objet, y doivent tomber.

Suivant ces principes, le ſurvivant ayant, pendant la continuation de communauté en laquelle il étoit avec ſon troiſieme enfant, acquis par droit de garde-noble les portions des deux autres enfans; leſdites portions ont dû tomber dans ladite continuation de communauté, & ſe répartir entre le ſurvivant & l'enfant qui eſt en continuation de communauté avec lui; cela doit d'autant plus être, que les charges de la garde-noble étant acquittées ſur les fonds de cette continuation de communauté, & le troiſieme enfant ſupportant par conſéquent ſa part deſdites charges, il eſt juſte qu'il ait part auſſi à l'émolument.

La

La répartition des parts des deux enfans tombés en garde-noble, devant ſe faire, comme nous l'avons dit, entre le ſurvivant & le troiſieme enfant avec qui il eſt en continuation de communauté, au *prorata* des parts que chacun d'eux a de ſon chef dans cette continuation de communauté, le ſurvivant ayant la moitié, & l'enfant un ſixieme au total, la part du ſurvivant étant par conſéquent triple de celle de l'enfant, puiſque dans une moitié il y a trois ſixiemes, le ſurvivant doit avoir dans cette répartition une part qui ſoit triple de celle qu'y doit prendre l'enfant; les portions des enfans tombés en garde-noble, qui ſont à répartir entre le ſurvivant & l'enfant qui continue la communauté, étant chacun d'un ſixieme au total, ce qui fait pour les deux portions deux ſixiemes, ou quatre douziemes au total; le ſurvivant doit, ſuivant ce que nous venons de dire, avoir dans ces quatre douziemes trois douziemes, & l'enfant l'autre douzieme.

En conſéquence, le ſurvivant aura dans les biens de la continuation de communauté, ſçavoir, de ſon chef la moitié ou ſix douziemes; & dans la répartition ci-deſſus, trois douziemes: ce qui fait en tout neuf douziémes, ou les trois quarts; & l'enfant y aura, ſçavoir, de ſon chef deux douziemes; & dans la répartition ci-deſſus, un douzieme: ce qui fait en tout trois douziemes, ou un quart.

807. Dans la Coutume d'Orléans la donation univerſelle des meubles, faite en propriété au ſurvivant, n'empêche pas la continuation de communauté entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, quoique au moyen de la donation, ces héritiers n'aient aucuns meubles à y conférer de leur part; car il ſuffit qu'il y ait dans la ſucceſſion du prédécédé, des immeubles, pour que le mêlange des revenus deſdits immeubles, avec ceux du prédécédé, forme une continuation de communauté.

808. La clauſe par laquelle un enfant doté par ſes pere & mere, a promis de ne demander ni inventaire ni partage au ſurvivant, ne peut empêcher non plus à Orléans la continuation de communauté; car cette clauſe n'empêche pas que l'enfant doté, n'ait une part dans la continuation de communauté.

809. La Coutume d'Orléans eſt auſſi très-différente de celle de Paris, par rapport à la troiſieme condition.

*Premiere différence.* Il n'eſt pas préciſément néceſſaire à Orléans, comme il l'eſt à Paris, pour empêcher la continuation de communauté, que le ſurvivant faſſe un inventaire; tout acte quel qu'il ſoit, pourvu qu'il ſoit par écrit, par lequel les parties déclarent, ou donnent ſuffiſamment à entendre qu'ils n'entendent pas être en continuation de communauté, eſt ſuffiſant pour l'empêcher. C'eſt ce qui réſulte de ces termes de l'article 216 de la Coutume d'Orléans: *Si ledit ſurvivant ne fait aucun inventaire, partage ou diviſion*, ou *QU'AUTREMENT ENTRE LES PARTIES N'EN SOIT DISPOSÉ*. La Coutume d'Orléans ne requiert donc pas préciſément un inventaire ou un partage pour empêcher la continuation de communauté; elle ſe contente pour cela *qu'il en ait été autrement diſpoſé entre les parties* par quelque acte que ce ſoit.

La Juriſprudence des Arrêts a modifié cette grande liberté que donne

la Coutume d'Orléans, d'empêcher la continuation de communauté, par quelque acte que ce soit, qui contienne une disposition contraire. Les Arrêts rendus dans cette Coutume, ont jugé que lorsque les héritiers du prédécédé étoient mineurs, la continuation de communauté ne pouvoit être empêchée que par un inventaire fait avec un légitime contradicteur.

810. *Seconde différence.* La Coutume d'Orléans ne requiert en aucun cas une clôture d'inventaire : l'inventaire a sans cette clôture toute sa perfection, pour empêcher la continuation ; néanmoins, lorsque les héritiers exigent du survivant qu'il affirme la fidélité de son inventaire devant le Juge, il ne peut la refuser, sur l'assignation qui lui est donnée pour cet effet.

811. *Troisième différence.* Nous avons vu que dans la Coutume de Paris, l'inventaire, pour empêcher la continuation de communauté, devoit être fait dans les trois mois. Dans notre Coutume d'Orléans, la continuation de communauté ayant été établie à l'*instar* de ces anciennes sociétés taisibles, qui se contractoient par le mêlange des biens pendant un an & jour sans protestation contraire, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 778, il paroît que c'est une conséquence, que pour empêcher la continuation de communauté dans cette Coutume, il suffit qu'il intervienne un acte de disposition contraire dans l'année, du jour que la mort du prédécédé a été ou pu être connue aux héritiers du prédécédé. Quoique cette décision me paroisse véritable, & conforme à l'esprit de notre Coutume d'Orléans, & que je pense qu'elle doive être suivie dans les jugemens, si l'occasion s'en présentoit ; néanmoins comme dans l'usage, on n'a pas coutume d'attendre si long-temps, un survivant, qui veut empêcher la continuation de la communauté, fera prudemment de faire & de parachever son inventaire dans les trois mois.

812 A l'égard de la quatrième condition, pour qu'il y ait continuation de communauté, les principes de la Coutume d'Orléans sont diamétralement opposés à ceux de Paris. Nous avons vu *suprà*, que dans la Coutume de Paris la continuation de la communauté n'étant considérée que comme une faculté, il n'y avoit de continuation de communauté, que lorsque les personnes, à qui cette faculté étoit accordée, avoient témoigné vouloir en user.

Au contraire, dans la Coutume d'Orléans, lorsqu'il n'a pas été satisfait à ce qu'elle prescrit pour empêcher la continuation de communauté, elle est établie de plein droit *ipso jure*, entre le survivant & les héritiers du prédécédé, jusques-là même qu'il n'est pas au pouvoir des héritiers du prédécédé de s'en désister, lorsqu'ils sont majeurs. Il est vrai que la Coutume permet à ceux qui étoient mineurs au temps de la mort du prédécédé, d'y renoncer, parce que les mineurs sont restituables contre tout ce qu'ils peuvent avoir fait de contraire à leurs intérêts ; mais tant qu'ils n'ont pas été restitués, la continuation de communauté est censée avoir lieu.

C'est pourquoi, lorsque le prédécédé de deux conjoints a laissé pour héritier un enfant de leur mariage, avec lequel le survivant n'a fait aucun acte, ni pour empêcher, ni pour dissoudre la continuation de communauté, & que ledit enfant devient pareillement long-temps après l'héritier

du ſurvivant, ledit enfant étant cenſé en ce cas avoir toujours vécu en continuation de communauté avec le ſurvivant depuis la mort du prédécédé, tous les acquêts faits depuis ce temps par le ſurvivant, ſont cenſés pour moitié purs acquêts en la perſonne de l'enfant, & propres naiſſans du côté du ſurvivant, pour l'autre moitié ſeulement.

## SECTION III.

### *Entre quelles perſonnes a lieu la continuation de communauté.*

813. La Coutume de Paris n'admettant la continuation de communauté, que dans le cas auquel le prédécédé de deux conjoints a laiſſé pour héritier un enfant mineur de leur mariage, on a agité autrefois la queſtion, ſi dans le cas auquel le prédécédé auroit laiſſé pour ſes héritiers pluſieurs enfans, dont un étoit mineur, & les autres majeurs, il n'y avoit que le mineur qui pût prétendre continuation de communauté pour la part qu'il avoit dans la ſucceſſion du prédécédé; ou ſi au contraire les enfans majeurs pouvoient, à la faveur du mineur, demander tous enſemble continuation de communauté pour la part entiere de la ſucceſſion du prédécédé? Pluſieurs Auteurs, tels que Bacquet, Chopin, Ricard, ont tenu la négative. Ils ſe fondoient ſur ce que la continuation de communauté eſt une peine établie contre le ſurvivant envers l'enfant mineur, par forme de dédommagement dû par le ſurvivant audit mineur, pour le tort que lui a fait le ſurvivant, en ne faiſant pas conſtater par un inventaire la part qui appartenoit à ce mineur dans les biens de la communauté: or, diſent ces Auteurs, cette peine dont le ſurvivant eſt tenu envers le mineur, ce dédommagement qu'il doit au mineur, ne doit pas s'étendre aux enfans majeurs auxquels le ſurvivant ne peut devoir aucun dédommagement réſultant du défaut d'inventaire, n'ayant point été chargé des intérêts deſdits enfans, qui étant majeurs, pouvoient y veiller par eux-mêmes. La peine de la continuation de communauté, en laquelle conſiſte ce dédommagement dû au mineur, doit donc ſe borner à la portion qu'a le mineur dans la ſucceſſion du prédécédé, & ne pas s'étendre aux portions qu'y ont les majeurs auxquels le ſurvivant ne doit aucun dédommagement: il eſt vrai que ce qui eſt établi pour le mineur, profite quelquefois au majeur; mais cela ne doit avoir lieu, que lorſque l'intérêt du majeur eſt inſéparable de celui du mineur, & qu'on ne peut ſubvenir à l'un, ſans l'autre. Comme, par exemple, ſi un mineur & un majeur avoient impoſé conjointement ſur un héritage, qui leur eſt commun, une ſervitude au propriétaire de l'héritage voiſin, la reſtitution qui ſera accordée au mineur contre cette conſtitution de ſervitude, profitera au majeur; parce que les ſervitudes étant quelque choſe d'indiviſible, une maiſon ne peut être affranchie d'une ſervitude, qu'elle ne le ſoit pour le total, pour la partie du majeur, auſſi-bien que pour celle du mineur: au contraire, dans cette eſpece-ci l'intérêt de l'enfant mineur eſt très-ſéparable de celui du majeur; on peut très-pleinement dédommager le mineur du tort qu'il a ſouffert par défaut d'inventaire,

en lui accordant continuation de communauté pour la portion qu'il a dans la ſucceſſion du prédécédé, ſans accorder un pareil bénéfice aux majeurs pour les portions qu'ils y ont.

Nonobſtant ces raiſons, l'opinion contraire a prévalu, & on ne doute plus aujourd'hui que, lorſque le prédécédé de deux conjoints a laiſſé pour héritiers, des enfans de leur mariage, dont l'un eſt mineur, & les autres majeurs, les majeurs peuvent, à la faveur du mineur, demander continuation de communauté pour toute la part du prédécédé; & c'eſt le ſens littéral de l'article 240. Il faut, à la vérité, ſuivant cet article, pour qu'il y ait lieu à la continuation de communauté lors de la mort du prédécédé de deux conjoints, qu'il laiſſe des enfans mineurs, ou du moins un enfant mineur. Si *l'un des conjoints*, dit l'article, *délaiſſe aucuns enfans mineurs*, & que le ſurvivant ait manqué de faire conſtater par un inventaire le droit de cet enfant dans les biens de la communauté; mais après que l'exiſtence d'un enfant mineur, & le défaut d'inventaire auront donné ouverture à la continuation de communauté, la Coutume ne dit pas qu'il n'y aura que l'enfant mineur qui pourra demander continuation de communauté pour ſa part; elle dit, au contraire, généralement & indiſtinctement, *l'enfant ou enfans ſurvivans peuvent, ſi bon leur ſemble, demander continuation de communauté*; elle ne dit pas *leſdits enfans* mineurs, dont il a été parlé dans la premiere partie de l'article, mais elle dit indiſtinctement *l'enfant, ou enfans*; ce qui comprend tous les enfans, les majeurs & les mineurs: il eſt vrai que c'eſt en faveur des ſeuls enfans mineurs, que la continuation de communauté a été établie; c'eſt une fauſſe conſéquence, que d'en conclure que cette continuation de communauté, lorſque l'exiſtence d'un enfant mineur, à qui le ſurvivant n'a pas fait d'inventaire, y a donné ouverture, ne doive avoir lieu que pour la portion que le mineur a dans la ſucceſſion du prédécédé, & que les autres enfans majeurs ne doivent pas y être admis; on peut prouver la fauſſeté de cette conſéquence par des exemples tirés du Droit Romain: l'eſpece de ſucceſſion Prétorienne, qu'on appelloit *bonorum Poſſeſſio contrà tabulas*, n'avoit été établie qu'en faveur des enfans émancipés prétérits par le teſtament de leur pere; les enfans qui étoient inſtitués, quelque petite que fût la portion pour laquelle ils l'étoient, n'y étoient pas par eux-mêmes admis; lorſqu'un enfant prétérit avoit donné ouverture à cette ſucceſſion prétorienne, quoique ce ne fût qu'en ſa faveur quelle eût été établie, il n'étoit pas pour cela le ſeul qui y fût admis; L. 4, §. 11, *de bon. poſſ. cont. tab.* Quant à ce qu'on oppoſe, que la diſpoſition de la Coutume de Paris pour la continuation de communauté, eſt une diſpoſition pénale, la réponſe eſt, que quoiqu'elle ſoit pénale, elle eſt néanmoins très-favorable, en ce qu'elle ſert à éviter des procès & des diſcuſſions inextricables, qui ne manquent pas de ſe rencontrer, lorſqu'il faut partager une communauté de biens en l'état qu'elle étoit lors de la mort du prédécédé, & que cet état ne peut s'établir que ſur des enquêtes de commune rénommée.

814. Tout ce que nous avons dit pour & contre ſur cette queſtion, à l'egard des enfans majeurs, reçoit application, à l'égard des enfans que

le prédécédé auroit des mariages précédens : c'eſt pourquoi il ſuffit que le prédécédé de deux conjoints ait laiſſé un enfant mineur de leur mariage, à qui le ſurvivant a manqué de faire inventaire, pour que les autres enfans qu'il a de mariages précédens, qui ſont appellés comme lui à ſa ſucceſſion, puiſſent à ſa faveur prétendre la continuation de communauté, auſſi-bien que celui du mariage.

815. Pour que l'enfant mineur du mariage donne ouverture à la continuation de communauté au profit des majeurs & des autres enfans d'un autre mariage, ſuffit-il qu'il ait exiſté au temps de la mort du prédécédé, quoiqu'il ſoit mort depuis ſans l'avoir demandée, & même quoiqu'il y ait depuis expreſſément renoncé. Auzanet tient l'affirmative. Il prétend que cet enfant ayant, par ſon exiſtence, donné ouverture à la continuation au profit de tous les enfans, il ne peut pas, en n'uſant pas, pour ſa part, de la continuation de communauté, empêcher les autres enfans d'uſer d'un droit, qui, quoiqu'il leur ait été acquis par lui, leur a été acquis auſſi réellement qu'à lui. On peut tirer argument de ce qui eſt décidé en Droit, que lorſqu'un enfant prétérit avoit donné ouverture à la ſucceſſion prétorienne, qu'on appelle *bonorum Poſſeſſio contrà tabulas*, au profit des autres enfans inſtitués, qui n'euſſent pu par eux-mêmes y être admis, la répudiation que l'enfant prétérit faiſoit de cette ſucceſſion, n'empêchoit pas les inſtitués d'y venir : *Quum enim ſemel beneficio aliorum ad beneficium fuerint admiſſi, jam non curant, petens illi nec-ne bonorum poſſeſſionem* ; L. 10, §. 6, ff. *bonor. poſſ. cont. tab.*

Au contraire, Lebrun prétend que les enfans majeurs, & ceux des autres mariages, ne peuvent être reçus à demander la continuation de communauté, qu'autant qu'elle eſt demandée par l'enfant mineur du mariage qui y donne ouverture pour eux.

On dit pour raiſon, que la continuation de communauté étant une peine due par le ſurvivant pour le défaut d'inventaire, elle ne peut lui être demandée que par l'enfant mineur, qui eſt le ſeul qui ait droit de ſe plaindre de ce défaut ; les autres enfans peuvent bien demander part à cette continuation de communauté, lorſqu'elle a été demandée par le mineur ; mais ils ne peuvent pas ſeuls par eux-mêmes la demander, n'ayant pas droit de ſe plaindre du défaut d'inventaire. A l'égard des raiſons alléguées pour la premiere opinion, on les ſappe, en niant le principe que ce ſoit l'exiſtence de l'enfant mineur, qui, avec le défaut d'inventaire, donne ouverture au droit de continuation de communauté, au profit des enfans majeurs, & de ceux d'un autre mariage ; on ſoutient, au contraire, par les raiſons que nous venons de rapporter, qu'il n'y a que l'uſage que le mineur fait du droit de continuation de communauté, qui y donne ouverture au profit des autres enfans.

Deniſart atteſte que cette ſeconde opinion eſt ſuivie dans l'uſage.

816. Il eſt évident que les filles dotées qui ſont excluſes de la ſucceſſion du prédécédé, ou par la Coutume des lieux, ou par la renonciation qu'ils y ont faite par leur contrat de mariage, ne peuvent être admiſes à la continuation de communauté, puiſque ce n'eſt qu'entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé qu'elle a lieu.

A l'égard des enfans dotés qui ne ſont pas exclus de la ſucceſſion du prédécédé, & qui y peuvent venir, en rapportant leur dot, ils ont droit, comme les autres enfans, à la continuation de communauté, s'ils ſont mineurs, ou s'ils concourent avec un mineur, ſauf le rapport de leur dot.

817. Il n'y a pas lieu aux queſtions qui ont été agitées dans cette ſection, dans la Coutume d'Orléans, qui fait continuer la communauté avec les héritiers, quels qu'ils ſoient.

## SECTION IV.

### *Des choſes qui tombent en la continuation de communauté dont elle eſt compoſée*

#### ARTICLE PREMIER.

#### *Des choſes qui tombent en la continuation de communauté, & dont elle eſt compoſée, ſuivant les principes de la Coutume de Paris.*

818. Suivant les principes de la Coutume de Paris, tout mobilier dont la communauté étoit compoſée au temps de la mort du prédécédé, tombe de part & d'autre dans la continuation de communauté, tant pour la part qui en appartient au ſurvivant, que pour celle qui appartient à la ſucceſſion du prédécédé.

819. Pareillement, les revenus de tous les biens immeubles, tant du ſurvivant, que de ceux de la ſucceſſion du prédécédé qui tomboient dans la communauté, continuent de tomber dans la continuation de communauté pendant tout le temps qu'elle durera.

820. Il n'en eſt pas de même des conquêts de la communauté, quant à la propriété: la Juriſprudence des Arrêts a voulu qu'à la mort du prédécédé, ils ne demeuraſſent dans la continuation de communauté, que quant à leurs revenus, & qu'ils en fuſſent exclus quant à la propriété. C'eſt une modification que la Juriſprudence a apportée à la continuation de communauté: le dernier Arrêt qui a fixé ſur ce point la Juriſprudence, eſt du 10 Juillet 1627, & a été rendu en forme de Réglement. La raiſon de cette Juriſprudence, eſt que les conquêts de la communauté devenant par la mort du prédécédé, des propres naiſſans des enfans pour la moitié à laquelle ils ſuccedent, il n'étoit pas convenable que le ſurvivant eût le pouvoir d'en diſpoſer, & de les aliéner pour cette moitié, comme il l'auroit, s'il étoient des effets de la continuation de communauté.

821. Comme c'eſt au temps de la mort du prédécédé, que le mobilier de la communauté tombe dans la continuation de communauté, & que les conquêts immeubles en ſont exclus quant à la propriété, c'eſt à ce temps qu'on doit avoir égard ſi les rentes conſtituées qui appartenoient à la communauté, ſont tombées comme un mobilier, ou ſi elles en ont été excluſes comme conquêts immeubles: c'eſt pourquoi, ſi au temps de la mort du prédécédé, les conjoints avoient leur domicile ſous une Coutume qui ré-

pute immeubles les rentes conſtituées; celles qui appartenoient alors à la communauté, étant alors réputées immeubles, elles ſeront, quant à la propriété, excluſes de la continuation de communauté, de même que tous les autres conquêts immeubles de la communauté.

Quand même, par la ſuite, le conjoint transféreroit durant la continuation de communauté, ſon domicile ſous une Coutume qui répute meubles les rentes conſtituées, ces rentes, quoique devenues meubles par cette tranſlation de domicile, ne tomberoient pas dans la continuation de communauté; en ayant été une fois excluſes, étant devenues à chacune des parties, pour la part qu'elle y a, des propres de communauté, elles ne peuvent plus tomber dans la communauté.

Au contraire, ſi au temps de la mort du prédécédé des deux conjoints, leſdits conjoints avoient leur domicile ſous une Coutume qui répute meubles les rentes conſtituées, celles qui appartiennent à la communauté étant en ce cas, ſuivant la loi du domicile, réputées meubles, elles doivent tomber, en cette qualité de meubles, dans la continuation de communauté; & y étant une fois tombées, elles n'en ſortiront pas, quand même par la ſuite elles acquerroient la qualité d'immeubles par la tranſlation de domicile que le ſurvivant feroit ſous une Coutume qui répute immeubles les rentes conſtituées.

822. Tous les droits & créances qui étoient propres de communauté à chacun des conjoints, ſoit au ſurvivant, ſoit au prédécédé, tels que ſont leurs créances reſpectives, ſoit pour la repriſe de leurs deniers dotaux, ſoit pour le remploi du prix de leurs propres, quoiqu'effets mobiliers, n'entrent pas plus dans la continuation de communauté, que dans la communauté, & s'exercent ſur la continuation de communauté après ſa diſſolution, comme elles ſe ſeroient exercées ſur la communauté, ſi elle n'eût pas continué, comme nous le verrons *infrà*.

823. La créance même que le ſurvivant a pour ſon préciput, n'entre pas & ne ſe confond pas dans la continuation de communauté; & le ſurvivant peut l'y prélever.

824. Nous avons vu ce qui paſſoit de la communauté, dans la continuation de communauté: voyons à préſent ce qui y entre pendant qu'elle dure. Nous poſerons à cet égard deux maximes.

*Premiere maxime.* Toutes les choſes que la Coutume fait entrer en la communauté qui eſt entre conjoints, lorſqu'elles adviennent à l'un des conjoints pendant cette communauté, les fait pareillement entrer dans la continuation de communauté, lorſqu'elles adviennent au ſurvivant pendant la continuation de communauté.

Le fondement de cette maxime, eſt que la continuation de communauté eſt vis à-vis du ſurvivant, cenſée être la même communauté qui étoit entre les conjoints.

825. Suivant cette maxime, tout le mobilier que le ſurvivant acquiert, ou qui lui advient, à quelque titre que ce ſoit, même à titre de ſucceſſion, tant directe que collatérale pendant la continuation de communauté, entre dans la continuation de communauté; car s'il fût advenu à

l'un des conjoints, à quelqu'un de ces titres, pendant la communauté qui étoit entre les conjoints, la Coutume l'eût fait entrer dans la communauté.

826. Les immeubles qui adviennent au survivant pendant la communauté, à titre de succession, ou à titre de don, ou legs à lui fait par quelqu'un de ses parens de la ligne directe ascendante, ne tombent pas dans la continuation de communauté ; car la Coutume ne les eût pas fait entrer dans la communauté, s'ils lui fussent advenus à ces titres pendant la communauté ; mais ceux qu'il acquiert à quelque autre titre que ce soit, même de don, ou legs pendant la continuation de communauté, y entrent, de même qu'ils seroient entrés dans la communauté, s'il les eût acquis pendant la communauté.

Denisart atteste que l'usage est constant sur ce point, nonobstant l'avis contraire de Dupleſſis.

827. Néanmoins si le don, ou legs, soit de meubles, soit d'immeubles, étoit fait sous la condition expresse, que les choses données ou léguées n'entreroient pas en la continuation de communauté ; ou ce qui est la même chose, qu'elles seront propres au donataire, elles n'y entreront pas ; car il est permis d'apporter telle condition que bon semble à sa libéralité, *unicuique licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere.*

828. Il n'en est pas de même des clauses du contrat de mariage du survivant avec le prédécédé : par exemple, s'il étoit stipulé par ce contrat, que tout ce qui adviendroit pendant le mariage aux conjoints par succession, don, ou legs, lui seroit propre, cette clause qui auroit exclus de la communauté le mobilier des successions qui seroient échues aux conjoints pendant le mariage, n'exclura pas de la continuation de communauté le mobilier des successions qui écherront au survivant après la continuation du mariage pendant la dissolution de la communauté.

Pareillement, s'il avoit été stipulé, que les successions seroient communes, cette clause, qui auroit fait entrer dans la communauté les immeubles des successions qui leur seroient échues pendant le mariage, ne fera pas entrer dans la continuation de communauté les immeubles des successions échues au survivant pendant cette continuation de communauté.

Notre opinion est fondée sur deux raisons ; la premiere est que les conventions de réalisation, de même que celles d'ameublissement, sont de Droit étroit, & par conséquent non susceptibles d'extension : celles qui réalisent, ou qui ameublissent ce qui adviendra pendant le mariage aux conjoints par succession, don, ou legs, ne peuvent donc pas s'étendre à ce qui n'est advenu au survivant, à ces tiers, que depuis la dissolution du mariage pendant la continuation de communauté.

La seconde raison est, que la communauté étant formée par la convention expresse ou tacite des parties, c'est leur convention qui doit régler ce qui doit y entrer ou n'y pas entrer : mais c'est la loi, & non la convention, qui forme la continuation de communauté ; il n'y a donc que la loi seule qui doive régler ce qui doit y entrer, ou n'y pas entrer.

On trouve, à la vérité, dans les livres un Arrêt du 3 Mars 1635, contraire à notre opinion, par lequel, dans l'espece d'une communauté de

tous

tous biens préſens & à venir établis par le contrat de mariage, on prétend avoir été jugé que les immeubles d'une ſucceſſion, échue au ſurvivant pendant la continuation de communauté, doivent y tomber; mais ne paroiſſant pas que cet Arrêt en le ſuppoſant tel qu'il eſt rapporté, ait fixé ſur le point la Juriſprudence, il eſt très-permis de s'écarter de ce qu'on prétend qu'il a décidé.

829. *Seconde maxime.* Rien de tout ce que les enfans acquierent durant la continuation de communauté, à quelque titre que ce ſoit, ſoit meubles, ſoit immeubles, ni même de ce qu'ils avoient lorſqu'elle a commencé, d'ailleurs que de la ſucceſſion du prédecedé, n'entre dans la continuation de communauté, ni quant à la propriété, ni quant à la jouiſſance.

En un mot, les enfans ne mettent rien dans la continuation, que ce qu'ils y ont fait entrer de la ſucceſſion du prédécédé, dont le ſurvivant ſe trouve en poſſeſſion. La raiſon eſt, que la Coutume par l'article 240, donne bien aux enfans le droit de demander continuation de communauté au ſurvivant dans les meubles & conquêts qu'il ſe trouvera avoir: elle dit; » Les enfans » pourront, ſi bon leur ſemble, demander communauté en tous les biens- » meubles & conquêts-immeubles du ſurvivant »; mais elle ne dit pas que le ſurvivant pourra demander communauté en ce qu'auront les enfans.

C'eſt pourquoi, ſi durant la continuation de communauté, il eſt échu aux enfans quelque ſucceſſion de quelqu'un de leurs parens; s'il leur a été fait quelque don, ou legs; s'ils ont gagné quelque choſe par leur induſtrie, rien de tout cela ne tombe dans la continuation de communauté; & ſi le ſurvivant étoit leur tuteur, il doit leur en rendre compte, tant en principaux qu'intérêts, ſans rien imputer des intérêts ſur leurs alimens, qui leur ſont dûs d'ailleurs par la continuation de communauté.

## Article II.

### *En quoi differe la Coutume d'Orléans de celle de Paris, ſur les choſes qui entrent dans la continuation de communauté.*

830. La Coutume d'Orléans convient, avec celle de Paris, par rapport à ce qu'elle fait paſſer de la communauté dans la continuation de communauté; elle en differe ſeulement par rapport à ce que le ſurvivant acquiert pendant la continuation de communauté; elle n'y fait entrer que ce qu'il acquiert du fonds commun, ou par ſon induſtrie, laquelle eſt cenſée faire auſſi, en quelque façon, partie du fonds commun: le ſurvivant ayant apporté ſon induſtrie à la communauté qui a été entre lui & le prédécédé, eſt cenſé continuer de l'apporter à la continuation de communauté.

Suivant ces principes, le ſurvivant acquiert à la continuation de communauté les gains qu'il fait, qui proviennent de ſon commerce, de ſon art, ou de ſa profeſſion; mais ce qui advient au ſurvivant par ſucceſſion, don, ou legs, n'y entre pas: c'eſt ce qui réſulte de l'article 217 de la Coutume d'Orléans, qui eſt conçu en ces termes: » Si durant la communauté de » biens entre pluſieurs perſonnes, à aucunes d'icelles échéent & adviennent

» quelques biens & héritages par ſucceſſion, don, ou legs, tels héritages » & biens ne ſont compris en ladite communauté, ſinon qu'il y eût con» vention expreſſe au contraire ».

Ces termes, *durant la communauté de biens*, ne comprennent pas, à la vérité, la communauté de biens qui eſt entre un mari & une femme; cette communauté eſt une eſpece particuliere de communauté, différente des autres communautés & ſociétés univerſelles, qui ſe regle par des principes différens, & qui lui ſont particuliers, dont la Coutume en conſéquence a traité ſous un titre particulier; mais ces termes comprennent toutes les autres communautés, ou ſociétés univerſelles, non-ſeulement celles qui ſe contractent entre perſonnes étrangeres par un traité par écrit, mais pareillement celle qui ſe contracte ſans écrit, par l'article 216, entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, qu'on appelle continuation de communauté.

La ſeconde partie de l'article 217, qui commence par ces termes; *Néanmoins ſi au ſurvivant de deux conjoints*, & que nous rapporterons ci-après, nous fournit une preuve manifeſte, que la premiere partie de l'article 217, comprend dans la regle qu'elle propoſe, la communauté de biens entre le ſurvivant de deux conjoints & les héritiers du prédécédé; car la Coutume, après avoir établi pour regle par la premiere partie de l'article, que tout ce qui advient durant la communauté par ſucceſſion, don, ou legs à un des aſſociés, n'entre pas en communauté, excepte incontinent de cette regle, par la ſeconde partie, une certaine eſpece de ſucceſſion qui advient au ſurvivant de deux conjoints pendant la continuation de communauté, en laquelle il eſt avec ſes enfans, laquelle ſucceſſion, en un certain cas, demeure dans la continuation de communauté: la Coutume par cette exception qu'elle fait à la regle établie par la premiere partie de l'article, fait évidemment connoître que l'eſpece de communauté qui eſt entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, eſt compriſe dans cette regle; & que hors le cas porté par l'exception qui eſt en la ſeconde partie de l'article, dans tous les autres cas, tout ce qui advient au ſurvivant par ſucceſſion, don, ou legs, ne tombe pas dans la continuation de communauté, ſuivant cette maxime de Droit, *exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis.*

831. L'article 217, que nous avons rapporté ci-deſſus, dit; *Si durant la communauté entre pluſieurs perſonnes, à aucunes d'icelles adviennent quelques* BIENS *& héritages*: ce terme BIENS, eſt un terme général qui comprend tant les meubles que les immeubles: c'eſt pourquoi, non-ſeulement les héritages, mais même le mobilier qui échoit au ſurvivant par ſucceſſion, don, ou legs pendant la continuation de communauté en eſt exclus; & lors de la diſſolution de la communauté, le ſurvivant doit au partage, avoir la repriſe de ce mobilier, pourvu qu'il en juſtifie par un inventaire, ou par quelque autre acte qui en puiſſe tenir lieu; tel que ſeroit un partage qu'il auroit fait d'une ſucceſſion mobiliaire avec ſes cohéritiers.

832. Rien de ce qui eſt échu au ſurvivant à ces titres, n'entre dans la continuation de communauté; pas même la jouiſſance: c'eſt pourquoi, lors de la diſſolution, le ſurvivant pourroit retenir les fruits des héritages qui lui ſeroient advenus à quelqu'un de ces titres, ſi leſdits fruits étoient encore

extants, quoique lesdits fruits eussent été perçus durant la continuation de communauté. Pareillement, il pourroit retenir le prix qui en seroit encore dû, s'il les avoit vendus; mais lorsqu'ils ne sont plus en nature, ni le prix d'iceux, le survivant ne peut en prétendre aucune reprise, à moins qu'il ne justifiât qu'il en a enrichi la société; autrement on présume qu'il en a vécu plus au large, & la société n'en a pas été enrichie.

833. La regle, que tout ce qui arrive au survivant à titre de succession durant la communauté, n'y entre pas, reçoit exception, dans un cas, par la seconde partie de l'art. 217, dont voici les termes.

» Néanmoins, si au survivant de deux conjoints par mariage, qui n'au-» roit fait partage à ses enfans & héritiers du décédé, ou inventaire dû-» ment fait des biens communs, ou contrat équipollent à partage, adve-» noient & échussent quelques biens meubles par la succession & trépas des-» dits enfans, & dans l'an d'icelle succession advenue, il ne fait lesdits par-» tage ou inventaire avec ses enfans vivans, ou qu'autrement entre iceux » n'en soit disposé; en ce cas lesdits biens meubles échus au survivant par » le trépas de sondit enfant, seront & demeureront en ladite communauté, » ensemble le revenu desdits héritages, jusqu'à ce que lesdits partage ou in-» ventaire soient faits ». Suivant cet article, le survivant qui est en continuation de communauté avec ses enfans, à qui, pendant ladite société, échoit la succession de l'un desdits enfans, doit pour se la conserver en entier, dissoudre, dans l'année de la mort de cet enfant, la continuation de communauté en laquelle il est avec ses autres enfans; quoi faisant, il succede à cet enfant à tous les biens de cet enfant, auxquels la qualité d'héritier aux meubles & acquêts dudit enfant lui donne droit de succéder, & par conséquent à la part que cet enfant avoit dans les biens, tant meubles, qu'immeubles de la continuation, sans que le survivant fasse rien entrer de cette succession dans la continuation de communauté, durant laquelle elle lui est échue, conformément à la regle établie au commencement.

Mais lorsque le survivant a négligé de satisfaire à la Coutume, & n'a pas fait dissoudre dans l'année de la mort de cet enfant la continuation de communauté en laquelle il est avec ses autres enfans, il est privé de la succession de cet enfant quant à la part que cet enfant avoit dans le mobilier de la continuation de communauté; laquelle part en ce cas demeure dans la continuation de communauté, & accroît aux autres enfans: c'est ce qui résulte de ces termes de l'article 217, *en ce cas lesdits biens-meubles échus audit survivant par le trepas de sondit enfant, seront & demeureront en ladite communauté.*

834. Observez que ces termes *seront & demeureront en ladite communauté*, ne peuvent s'appliquer qu'à la part que cet enfant avoit dans les biens-meubles de la continuation de communauté. Si cet enfant a laissé dans sa succession d'autres biens qu'il avoit d'ailleurs, nulle difficulté que le survivant y succede, sans en rien faire entrer dans la continuation de communauté.

835. A l'égard de la part que l'enfant, dont la succession est échue au survivant durant la continuation de communauté, avoit dans les acquêts de ladite continuation de communauté, le survivant, faute d'avoir fait dissoudre la continuation de communauté dans l'année de la mort dudit enfant,

n'eſt privé de la ſucceſſion de cette part dans leſdits acquêts, que pour les revenus qui continuent de tomber dans la continuation de communauté tant que le ſurvivant la laiſſe ſubſiſter; mais il n'en eſt pas privé quant à la propriété. C'eſt le ſens de ces termes : *Enſemble le revenu deſdits héritages, juſqu'à ce que ledit partage ou inventaire ſoient faits.* La Coutume ne dit pas, comme elle le dit des meubles, que les héritages demeureront en la continuation de communauté; elle dit ſeulement que *le revenu deſdits héritages* y demeurera *juſqu'à ce que ledit partage ou inventaire ſoient faits.*

Obſervez que ces derniers termes ne ſe rapportent qu'à ceux-ci, *le revenu deſdits héritages;* car les meubles demeurent irrévocablement confondus dans la continuation de communauté.

836. Obſervez auſſi que la Coutume entend par *leſdits héritages*, tant les acquêts de la continuation de communauté, dont le ſurvivant eſt héritier en propriété de l'enfant décédé pour la part qu'il y avoit, que les conquêts de la premiere communauté, devenus propres naiſſans du côté du prédécédé en la perſonne des enfans, dont le ſurvivant eſt héritier en uſufruit, ſuivant l'article 15 de la Coutume d'Orléans, pour la part que ledit enfant y avoit. Le ſurvivant, faute d'avoir fait diſſoudre la continuation de communauté, eſt privé, par cet article 217, du revenu de la ſucceſſion deſdits héritages, tant que ladite continuation de communauté dure.

## SECTION V.

### *Des charges de la continuation de communauté.*

837. *Premiere eſpece de charges de la continuation de Communauté.* Toutes les dettes mobilieres dont la communauté étoit tenue au temps de la mort du prédécédé, deviennent dettes de la continuation de communauté. C'eſt une ſuite de ce qui a été dit en la ſection précédente, que tous les biens mobiliers de la communauté entrent dans la continuation de communauté; car ils n'y peuvent paſſer qu'avec la charge des dettes mobiliaires, qui eſt inſéparable deſdites biens.

838. Cela comprend, non-ſeulement les dettes dont la communauté étoit débitrice envers des tiers, mais pareillement celles dont elle étoit débitrice envers chacune des parties : c'eſt pourquoi toutes les créances & repriſes, que, ſoit le ſurvivant, ſoit les héritiers du prédécédé, avoient droit d'exercer ſur la communauté, deviennent pareillement dettes de la continuation de communauté, & s'exercent ſur la continuation de communauté au partage qui s'en fait après ſa diſſolution.

839. Il eſt inutile de mettre en queſtion, ſi les immeubles de la communauté n'entrant pas quant à la propriété dans la continuation de communauté, les rentes par elles dûes n'y doivent pas entrer non plus, quant à leurs principaux? car le ſurvivant & les héritiers du prédécédé ayant chacun moitié, tant dans la continuation de communauté, que dans la communauté, il eſt indifférent qu'ils ſoient tenus deſdits principaux, comme d'une dette de continuation de communauté, ou ſimplement comme d'une dette de communauté.

840. Les dettes propres de chacun des conjoints, n'étant point, pour leurs principaux, dettes de la communauté, elles ne ſont pas non plus dettes de la continuation de communauté; mais elle eſt tenue des arrérages & intérêts deſdites dettes, tant de ceux qui étoient échus au temps de la mort du prédécédé, leſquels étoient par leur échéance devenus une dette mobiliaire de la communauté, que de tous ceux qui courront pendant tout le temps que durera la continuation de communauté; car les revenus des biens, tant du ſurvivant, que de la ſucceſſion du prédécédé, tombant dans la continuation de communauté, il eſt néceſſaire que les arrérages & intérêts de leurs dettes, qui ſont une charge deſdits revenus, y tombent pareillement, pendant tout le temps que durera la continuation de communauté.

841. Les frais funéraires du prédécédé, parmi leſquels on comprend le deuil qui eſt dû à la veuve, pareillement les legs portés au teſtament du prédécédé, n'étant point dettes de la communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 275 & 276, ne le ſont pas non plus de la continuation de communauté; c'eſt pourquoi les ſommes payées pour les acquitter, ſont précomptées aux héritiers du prédécédé au partage de la continuation de communauté, comme nous le verrons *infrà*.

Lebrun, *ibid. ſect.* 4, *diſt.* 1, *n.* 17, eſt d'avis contraire. Il prétend que les legs teſtamentaires du prédécédé étant une charge de tous les biens de ſa ſucceſſion, tant de ſes propres qui n'entrent pas dans la continuation de communauté, que de ſon mobilier qui y entre, la continuation de communauté doit être chargée d'une part deſdits legs, au *prorata* de ce que le mobilier en doit porter, qui n'a pu entrer dans la continuation de communauté qu'avec cette charge. Cette opinion de Lebrun nous jetteroit dans la diſcuſſion que la Coutume a voulu éviter, en établiſſant la continuation de communauté, qui eſt la diſcuſſion de la quantité du mobilier qu'il y avoit dans la ſucceſſion du prédécédé au temps de ſa mort. Indépendamment de cet inconvénient, le raiſonnement ſur lequel Lebrun fonde ſon opinion, eſt faux. De ce que la part que le prédécédé avoit dans les biens de la communauté, laquelle eſt entrée, ou plutôt demeurée dans la continuation de communauté, étoit chargée des legs du prédécédé, il s'enſuit ſeulement que ces legs ſont une charge de la part des enfans dans la continuation de communauté; mais il ne s'enſuit pas qu'ils ſoient une charge commune de la continuation de communauté. Cette continuation de communauté étant la même communauté qui eſt cenſée continuer, il n'y a de dettes de cette continuation de communauté, que celles qui étoient dettes de la communauté, & celles que le ſurvivant a depuis contractées, comme chef de cette ſociété; celles qui étoient dettes particulieres de chacune des parties, ne ſont pas dettes de la continuation de communauté, mais ſeulement dettes de la part que la partie débitrice a dans la continuation de communauté.

842. Si le prédécédé avoit fait des legs de rentes ou penſions annuelles, les arrérages étant une charge du revenu des biens de ſa ſucceſſion, lequel revenu entre dans la continuation de communauté pendant tout le temps qu'elle dure, ladite continuation de communauté ſera chargée deſdits arrérages qui courront pendant le temps qu'elle durera.

Il en eſt de même des arrérages & intérêts du douaire dû à la veuve par la ſucceſſion du prédécédé ; la veuve qui jouit en continuation de communauté, de tout le revenu des biens de la ſucceſſion du prédécédé, doit confondre tous les intérêts & arrérages de ſon douaire qui courront pendant tout le temps que la continuation de communauté courra.

843. *Seconde eſpece.* La continuation de communauté eſt chargée de toutes les dettes que le ſurvivant contracte pendant le temps que dure la continuation de communauté : elle eſt tenue tant des dettes mobiliaires que des rentes que le ſurvivant auroit conſtituées pendant ce temps, tant des principaux que des arrérages.

844. Il faut en excepter, 1°. celles que le ſurvivant auroit contractées pour des affaires qui lui ſont particulieres & dont il profite ſeul. Par exemple, ſi par un partage d'immeubles que le ſurvivant a fait avec ſes cohéritiers pendant le temps de la continuation de communauté, il s'eſt obligé envers ſes cohéritiers à un retour, ſoit en rente, ſoit en argent, cette dette n'eſt point une dette de continuation de communauté, ſi ce n'eſt pour les arrérages & intérêts qui en courront pendant le temps qu'elle doit durer ; car c'eſt une dette qu'il a contractée pour une affaire qui lui eſt particuliere, & dont il a ſeul profité.

Par la même raiſon, ſi le ſurvivant, durant la continuation de communauté, s'étoit obligé envers un Architecte au paiement d'une certaine ſomme d'argent pour la conſtruction d'une maiſon, qu'on lui a conſtruite ſur ſon héritage propre, le ſurvivant profitant ſeul de cette conſtruction, doit être tenu ſeul de cette dette ; quoiqu'il l'ait contractée pendant la continuation de communauté, elle n'en doit pas être chargée.

845. Il faut excepter, 2°. les dettes qui ont pour cauſe une pure donation ; car le pouvoir qu'a le ſurvivant ſur les biens de la continuation de communauté, ne s'étendant pas juſqu'à pouvoir en diſpoſer par donation, comme nous le verrons dans la ſection ſuivante, c'eſt une conſéquence qu'il ne peut la charger des dettes qui auroient pour cauſe une pure donation ; c'eſt pourquoi ſi durant le temps de la continuation de communauté le ſurvivant a promis, en faveur de mariage une ſomme à un tiers pour l'amitié qu'il lui portoit, la continuation de communauté ne ſera pas tenue de cette dette ; le ſurvivant ſera tenu ſeul de l'acquitter ſur ſa part.

846. Ayant décidé, *ſuprà n.* 253, que l'obligation de garantie que l'homme contracte en vendant, pendant ſa communauté, l'héritage propre de ſa femme, ſans ſon conſentement, n'eſt pas une dette de ſa communauté, nous devons, par la même raiſon, décider, que lorſque le ſurvivant a vendu pendant la continuation de communauté avec ſes enfans, l'héritage propre de ſes enfans, l'obligation de garantie qu'il contracte envers l'acheteur, quoique contractée durant la continuation de communauté, n'eſt pas une dette de cette continuation de communauté, qui doit ſeulement être tenue de la reſtitution du prix qui y eſt entré. C'eſt pourquoi les enfans pourront, du vivant du ſurvivant, revendiquer leur propre qu'il a vendu, aux offres de rendre pour leur part le prix, ſans craindre que l'acheteur leur oppoſe l'exception de garantie.

847. Hors ces trois cas d'exception, la continuation de communauté eſt chargée de toutes les dettes que le ſurvivant a contractées pendant tout le temps qu'elle a duré.

Il paroît néanmoins y avoir à cet égard quelque différence entre la Coutume de Paris & celle d'Orléans. Dans la Coutume de Paris, les enfans ayant droit de demander au ſurvivant, part dans tous les biens meubles & conquêts immeubles du ſurvivant, faits depuis la mort du prédécédé, quelle qu'ait pu être la cauſe qui les lui ait fait acquerir, ils doivent pareillement ſupporter la part de toutes les dettes qu'il a contractées pendant la continuation de communauté, ſans qu'on doive rechercher la cauſe pour laquelle il les a contractées, ſi ce n'eſt dans les cas d'exception ci-deſſus.

Au contraire, la Coutume d'Orléans ne faiſant entrer dans la continuation de communauté que ce que le ſurvivant acquiert du fonds commun, elle ne doit la charger des dettes contractées par le ſurvivant, que lorſqu'elles peuvent paroître avoir été contractées pour raiſon du fonds commun.

Il eſt vrai que le ſurvivant ayant une adminiſtration des biens de la continuation de communauté, dont il n'eſt pas comptable, il n'eſt pas néceſſaire pour que les dettes qu'il a contractées pendant le temps de la continuation de communauté, en ſoient une charge, qu'il ſoit juſtifié qu'elles ont été contractées pour les affaires de cette continuation de communauté : c'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux que la continuation de communauté eſt tenue des différens emprunts de deniers que le ſurvivant a faits pendant qu'elle a duré, quoiqu'il ne paroiſſe aucun emploi qu'il en ait fait, n'étant pas impoſſible qu'ils aient effectivement été faits pour les affaires de la continuation de communauté ; mais lorſque les dettes contractées par le ſurvivant, pendant la continuation de communauté, ont une cauſe qui lui eſt entiérement étrangere, elle n'en doit pas être chargée, ſuivant l'eſprit de la Coutume d'Orléans.

Par exemple : Si pendant la continuation de communauté, le ſurvivant a eu une querelle avec un particulier, envers qui il ait été condamné en quelque ſomme pour réparation civile, la continuation de communauté ne doit pas, ſuivant l'eſprit de la Coutume, être chargée de cette dette, dont la cauſe lui eſt entiérement étrangere.

Par la même raiſon, ſi le ſurvivant pendant la continuation de communauté a géré la tutele d'un mineur, elle ſera bien tenue du compte des ſommes qu'il a reçues pour le mineur, parce qu'elles y ſont entrées ; mais elle ne ſera pas tenue des dommages & intérêts que le ſurvivant devroit à ſon mineur pour ſa mauvaiſe adminiſtration ; la cauſe de cette dette étant entiérement étrangere à la continuation de communauté.

848. A l'égard des dettes que les héritiers du prédécédé contractent durant la continuation de communauté, il eſt évident qu'elle n'en eſt pas tenue ; ces héritiers n'acquerant rien à la continuation de communauté, de ce qu'ils acquierent durant la continuation de communauté, ils ne doivent pas la charger des dettes qu'ils contractent.

849. *Troiſieme eſpece.* Dans la Coutume de Paris, les dettes des ſucceſſions qui échéent au ſurvivant durant la continuation de communauté,

ſont dettes de ladite continuation de communauté, à proportion du mobilier deſdites ſucceſſions qui y entre, de la même maniere que les dettes des ſucceſſions qui échéent durant le mariage à l'un des conjoints, ſont dettes de la communauté, à proportion de ce qui y entre deſdites ſucceſſions. Voyez *ſuprà*, *n.* 261.

Dans la Coutume d'Orléans, qui ne fait rien entrer dans la continuation de communauté des ſucceſſions qui échéent au ſurvivant, il eſt évident que les dettes deſdites ſucceſſions n'y entrent pas.

850. *Quatrieme eſpece.* La continuation de communauté eſt chargée, tant des alimens du ſurvivant, que de ceux des héritiers du prédecédé pendant qu'elle dure.

Obſervez néanmoins à l'égard de ceux des héritiers du prédécédé, que ces héritiers les doivent venir chercher dans la maiſon du ſurvivant, où eſt le ſiege de la continuation de communauté. Ils doivent auſſi leur être fournis aux dépens de la continuation de communauté dans les lieux où le ſurvivant juge à propos de les envoyer pour leur éducation. Mais ſi ces héritiers ont vécu ailleurs de leur induſtrie pendant un certain temps, ils ne ſont pas reçus à rien prétendre contre la continuation de communauté, pour les alimens qu'elle ne leur a pas fournis pendant ce temps.

851. *Cinquieme eſpece.* La continuation de communauté eſt chargée des réparations & frais d'entretien des héritages dont elle a la jouiſſance, de même que la communauté en eſt tenue à l'égard des héritages dont elle a la jouiſſance; mais elle n'eſt pas tenue des groſſes réparations & reconſtructions, de même que la communauté n'en eſt pas tenue. Voyez ce que nous avons dit *ſuprà*, *n.* 271 & 272.

852. *Sixieme eſpece.* Les frais de l'inventaire qui eſt fait pour la diſſolution de la continuation de communauté; les frais de liquidation & de partage des biens & de tous les actes néceſſaires pour y parvenir, ſont auſſi des charges de la continuation de communauté.

## SECTION VI.

### *Du pouvoir du ſurvivant ſur les biens de continuation de la communauté.*

853. De même que la communauté entre deux conjoints par mariage, a un chef, qui eſt le mari, la continuation de communauté a pareillement un chef, qui a ſeul le droit de diſpoſer des effets de cette continuation de communauté pendant qu'elle dure; & ce chef eſt le ſurvivant, ſoit que ce ſoit le mari, ſoit que ce ſoit la femme qui ait ſurvécu.

Le pouvoir qu'a ce chef ſur les biens de la continuation de communauté, eſt, ſuivant Renuſſon, entiérement le même que celui du mari ſur les biens de la communauté; mais ſuivant le ſentiment commun, il eſt différent de celui qu'a le mari ſur les biens de la communauté. Celui-ci a ſur les biens de la communauté le pouvoir d'un maître abſolu, il peut en diſpoſer comme de choſes à lui appartenantes pour le total, même par des donations

donations qu'il peut faire à des tiers ; ſauf qu'il ne peut les appliquer à ſon profit, ni au profit des ſiens, au préjudice de ſa femme, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *part.* 2.

Au contraire, le pouvoir qu'a le ſurvivant, ſoit le mari, ſoit la femme, ſur les biens de la continuation de communauté, n'eſt pas le pouvoir d'un maître abſolu : c'eſt pourquoi il n'a pas le droit de diſpoſer des effets de la continuation de communauté à titre de donation pure & ſimple envers des tiers, au préjudice de la part qu'y ont les héritiers du prédécédé ; il a ſeulement ſur leſdits biens, le pouvoir d'un adminiſtrateur *cum libera*, c'eſt-à-dire, celui que donne un droit d'adminiſtration dont on ne doit aucun compte ; il peut en conſéquence diſpoſer de tous les effets de la continuation de communauté, tant pour ſa part que pour celle des héritiers du prédécédé, à quelque titre que bon lui ſemble, ſauf le titre de donation, qui lui eſt interdit.

C'eſt en conſéquence de ce pouvoir qu'a le ſurvivant ſur les biens de la continuation de communauté, qu'elle eſt chargée de toutes les dettes qu'il contracte, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

C'eſt en conſéquence de ce pouvoir, qu'il peut aſſocier un tiers à la continuation de communauté, qui deviendra l'aſſocié des héritiers du prédécédé ; auſſi bien que le ſien, ſans qu'il ait beſoin pour cela de leur conſentement, comme nous le verrons au Chapitre ſecond.

## SECTION VII.

### *Des manieres dont ſe diſſout la continuation de communauté.*

#### ARTICLE PREMIER.

#### *Des manieres dont ſe diſſout la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume de Paris.*

854. Pour diſſoudre la continuation de communauté, du vivant des parties, lorſque les enfans avec leſquels elle a continué, ſont encore mineurs, ou même lorſque l'un d'eux l'eſt encore, le ſurvivant doit faire un inventaire fidéle avec un légitime contradicteur.

855. Cette diſſolution de communauté peut être demandée, ſoit par l'une, ſoit par l'autre des parties ; le ſurvivant peut la demander, ſoit que ſes enfans ſoient majeurs, ſoit qu'ils ſoient encore mineurs, en leur faiſant pour cet effet nommer un ſubrogé tuteur, avec qui il fera l'inventaire diſſolutif de communauté.

Lorſque les enfans ſont devenus majeurs & qu'ils ne ſe prêtent pas à la diſſolution de communauté, le ſurvivant peut les aſſigner & faire rendre une Sentence qui donnera aſſignation à un certain jour en la maiſon du ſurvivant, pour être procédé ledit jour & les jours ſuivants, à l'inventaire diſſolutif de la continuation de communauté, tant en préſence qu'abſence.

Les enfans peuvent auſſi demander au ſurvivant la diſſolution de la com-

munauté, & l'assigner pour cet effet pour faire inventaire, laquelle assignation doit être donnée, soit par le tuteur ou subrogé tuteur des enfans, s'ils sont encore mineurs, soit par eux-mêmes, s'ils sont devenus majeurs.

856. Cet inventaire qui est nécessaire pour dissoudre la continuation de communauté, lorsqu'elle a commencé, doit être tel, & revêtu des mêmes formes que celui qui est nécessaire pour empêcher la continuation de communauté: il doit pareillement être clos & affirmé en justice dans les trois mois, du jour qu'il a été fini. Voyez ce qui en a été dit *supra*, *sect.* 2, *art.* 1, §. 3.

Lorsque la clôture a été faite dans les trois mois, il a été jugé qu'elle avoit un effet rétroactif, au temps de la perfection de l'inventaire, & que la communauté étoit censée avoir cessé, non pas seulement du jour de la clôture, mais du jour que l'inventaire avoit été achevé; l'Arrêt qui est de l'année 1689, est rapporté par Lemaître.

Pour que la clôture qui ne seroit faite qu'après l'expiration des trois mois, puisse dissoudre la continuation de communauté, il faut que le survivant fasse, avec le subrogé tuteur, procéder à un récolement à l'inventaire, qui constate, tant les choses acquises depuis l'inventaire, que celles comprises en l'inventaire qui ne se trouvent plus, lequel récolement, aussi bien que l'inventaire, doit être présenté au Juge, & affirmé par le survivant.

L'Auteur du Traité des Contrats de mariage, rapporte un Arrêt du 12 Mai 1749, sur les Conclusions de M. Joli de Fleury, qui a jugé qu'une clôture d'inventaire faite après les trois mois, n'avoit pas, faute de récolement, dissous la continuation de communauté.

857. Lorsque cet inventaire est défectueux en quelque chose, les enfans sont bien fondés à prétendre que sans avoir égard à cet inventaire qui sera déclaré nul, la communauté sera déclarée avoir toujours continué.

Il n'y a que les enfans, qui soient recevables à opposer les défauts de cet inventaire; quelque défectueux qu'il soit, les enfans peuvent s'en contenter & fixer au temps de cet inventaire l'époque de la dissolution de la continuation de communauté, sauf à eux à demander que le survivant y ajoute les effets qu'ils justifieront avoir été omis.

Lorsque les enfans qui étoient mineurs lors de la mort du prédécédé, & avec lesquels la communauté a continué faute d'inventaire, sont tous depuis devenus majeurs, Dupleſſis sur Paris, Traité de la Commun. *liv.* 3, *ch.* 5, pense que le seul consentement du survivant & des enfans, de quelque maniere qu'il soit exprimé, pourvu que ce soit par écrit, suffit en ce cas pour dissoudre la continuation de communauté. Cette opinion paroît raisonnable.

858. Lorsque la continuation de communauté n'a pas été dissoute du vivant des parties, elle se dissout par la mort du survivant, suivant le principe de Droit, *morte socii solvitur societas*; L. 65, § 9, ff. *pro soc.*

859. Lorsque la communauté a continué entre le survivant & plusieurs enfans du prédécédé, la mort de l'un desdits enfans ne dissout pas la continuation de communauté tant qu'il en reste quelqu'un; mais la part que cet enfant avoit dans la continuation de communauté, accroît aux autres enfans. C'est ce qui est décidé par l'*art.* 243 de la Coutume de Paris, qui sera rapporté en la Section suivante.

Cette décision n'eſt point contraire au principe de Droit, que la mort d'un ſeul des aſſociés opére la diſſolution de la ſociété à l'égard de tous les aſſociés, *morte ſocii ſolvitur ſocietas..... & ſi plures ſuperſunt*; *d.* §. 9 : car le principe n'a d'application que lorſque cet aſſocié, qui eſt mort, faiſoit ſeul une tête dans la ſociété ; mais dans celle qui eſt entre le ſurvivant & ſes enfans, chacun deſdits enfans ne fait pas une tête dans la ſociété, ils ne font tous enſemble qu'une tête : c'eſt pourquoi lorſqu'il reſte un ſeul des enfans qui compoſoient cette tête, cette tête ſubſiſte par celui qui reſte, & il n'y a pas lieu au principe, *morte ſocii ſolvitur ſocietas.*

Lorſque l'un des enfans qui eſt mort durant la continuation de communauté, a laiſſé des enfans qui ſont ſes héritiers, les enfans qu'il a laiſſé, le repréſentent dans ſa part à la continuation de communauté, & il n'y a pas lieu à l'accroiſſement de cette part.

860. Lorſque les enfans avec leſquels la communauté a continué, ſont tous morts ſans enfans, laiſſant le ſurvivant pour leur héritier aux meubles & acquêts, la tête qu'ils compoſoient dans la ſociété étant éteinte, il n'eſt pas douteux qu'il ne peut plus y avoir de continuation de communauté ; mais ces enfans étant morts ſans avoir demandé continuation de communauté, on doit plutôt dire en ce cas, qu'il n'y a pas plus lieu à la continuation de communauté, qu'on ne doit la dire diſſoute, ſuivant les principes que nous avons établi *ſuprà n.* 806.

C'eſt pourquoi le ſurvivant eſt cenſé en ce cas avoir fait pour lui ſeul toutes les acquiſitions d'héritages qu'il a faites depuis la mort du prédécédé, & n'avoir ſuccédé à aucune part à ſes enfans, envers leſquels le ſurvivant étoit ſeulement débiteur du compte du mobilier de la ſucceſſion du prédécédé, de laquelle dette il a fait confuſion en ſa qualité de leur héritier au mobilier.

861. Lorſque le prédécédé de deux conjoints a laiſſé de leur mariage des enfans, dont les uns étoient mineurs & les autres majeurs, & tous ceux qui étoient mineurs ſont morts ſans avoir demandé continuation de communauté, la communauté continue-t-elle avec les majeurs qui reſtent ? Cette queſtion dépend de celle qui a été agitée, *ſuprà*. Si pour qu'il y ait continuation de communauté avec les majeurs, il ſuffit que le prédécédé ait laiſſé à ſa mort un mineur pour l'un de ſes héritiers, ou s'il eſt néceſſaire que le mineur ait demandé continuation de communauté, nous y renvoyons.

862. On a autrefois agité la queſtion, ſi lorſqu'un enfant qui étoit en continuation de communauté avec le ſurvivant, étoit depuis marié & doté du fonds de la continuation, ſon mariage opéroit la diſſolution de la continuation de communauté, ſur-tout s'il s'établiſſoit une demeure ſéparée de celle du ſurvivant ? On avoit penſé autrefois que l'enfant, en contractant une nouvelle communauté avec la perſonne qu'il épouſoit & en ſortant de la maiſon du ſurvivant, étoit cenſé renoncer pour l'avenir à la communauté en laquelle il étoit avec le ſurvivant, & retirer proviſionnellement par la dot qui lui étoit fournie, la part qu'il avoit dans cette communauté, ſauf à compter au partage s'il lui revenoit quelque choſe de plus.

Cette opinion n'a pas été ſuivie : depuis long-temps, il n'eſt pas douteux

qu'un enfant quoique marié & doté pendant la continuation de communauté, quoique ſorti de la maiſon du ſurvivant, continuoit d'être en continuation de communauté, & d'avoir ſa part dans la continuation de communauté, ſauf lors du partage qui s'en fera après la diſſolution, à précompter la dot qu'il a reçue, laquelle juſqu'à ce temps, eſt comme une proviſion qui lui eſt donnée, pour que les revenus qu'il en percevra, lui tiennent lieu des alimens que la continuation de communauté devoit lui fournir.

Cela a lieu quoique l'enfant fût majeur lorſqu'il a été marié, & quoiqu'il fût le ſeul avec qui la communauté continuât.

## ARTICLE II.

### *Des manieres dont ſe diſſout la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume d'Orléans.*

863. Pour diſſoudre la continuation de communauté du vivant des parties, la Coutume d'Orléans n'exige pas autre choſe, que ce que nous avons vu *ſuprà*, qu'elle exigeoit pour empêcher qu'elle n'eût lieu avant qu'elle ait commencé; elle veut en l'un & l'autre cas que les parties aient ſur cela fait connoître leur volonté & leur conſentement: c'eſt le ſens de ces termes de l'*art.* 216, ci-deſſus rapporté, *ou que autrement entr'eux n'en ſoit diſpoſé.*

Néanmoins, lorſqu'il y a des mineurs, la Juriſprudence a établi, que pour diſſoudre la continuation de communauté après qu'elle avoit commencé, de même que pour empêcher qu'elle n'eût lieu avant qu'elle ait commencé, le ſurvivant doit faire un inventaire avec un légitime contradicteur.

864. La continuation de communauté ſe diſſout par la mort du ſurvivant: mais ſuivant les principes de la Coutume d'Orléans, la mort de toutes les perſonnes qui ont été héritieres du prédécédé & avec leſquelles la communauté a continué, ne finit pas la continuation de communauté, à moins que le ſurvivant ne fût leur héritier; mais cette communauté continue avec leurs héritiers & même avec leurs ſucceſſions vacantes. La raiſon eſt que la Coutume d'Orléans qui fait continuer la communauté avec les héritiers du prédécédé quels qu'ils ſoient, majeurs ou mineurs, enfans ou collatéraux, ne conſidere dans les perſonnes, pour faire continuer avec elles la communauté, que la ſeule qualité qu'elles ont d'héritiers du prédécédé; & par conſéquent ſuivant l'eſprit de cette Coutume, la communauté doit continuer avec les héritiers, auxquels leſdits héritiers tranſmettent la qualité qu'ils avoient d'héritiers du prédécédé, qui eſt la ſeule qualité, en laquelle la communauté continuoit avec eux. En un mot, ſuivant l'eſprit de la Coutume, c'eſt avec la ſucceſſion du prédécédé, plutôt qu'avec les perſonnes, que la communauté continue, laquelle ſucceſſion continue dans les héritiers des héritiers, & même dans leur ſucceſſion vacante.

## SECTION VIII.

*De l'accroiſſement des portions des enfans décédés pendant la continuation de communauté.*

### ARTICLE PREMIER.

*De cet accroiſſement, ſelon les principes de la Coutume de Paris.*

865. L'*art.* 243 de la Coutume de Paris eſt conçu en ces termes: » Si » aucun des enfans qui ont continué la communauté meurt, ou tous fors » un, les ſurvivans, ou ſurvivant deſdits enfans continuent ladite commu- » nauté, & prennent autant que ſi tous leſdits enfans étoient vivans.

On ne voit pas trop ſur quoi cet accroiſſement eſt fondé. Les Commentateurs appliquent mal à cet article ce principe du Droit Romain, qu'il y a lieu au droit d'accroiſſement, *inter conjunctos re & verbis.* On appelle conjoints, ceux à qui une choſe a été léguée, pour le total à chacun d'eux, de maniere qu'elle ne dût être partagée entr'eux que par leur concours à l'acceptation du legs. C'eſt entre ces conjoints que, ſuivant les principes du Droit Romain, il y a lieu au droit d'accroiſſement, lorſque l'un d'eux meurt avant l'échéance du legs, ou l'a répudié; en ce cas la choſe léguée demeure pour le total, *jure accreſcendi*, ou plutôt *jure non decreſcendi*, au légataire qui a accepté le legs, & qui étoit légataire du total; mais après que tous les légataires ont concouru au legs, il ne peut plus y avoir lieu au droit d'accroiſſement: il n'y a pas lieu non plus au droit d'accroiſſement entre ceux à chacun deſquels on a aſſigné une part dans la choſe, par le legs qui leur en a été fait; car chacun n'étant légataire que de ſa part, ils ne ſont pas *conjuncti re*, ils ſont *conjuncti verbis tantùm, inter quos non eſt locus juris accreſcendi.*

Dans l'eſpece de cet article, lorſque pluſieurs enfans mineurs ſont venus à la ſucceſſion du prédécédé, chacun d'eux acquiert, dans la moitié des biens de la continuation de communauté, la même part qu'il a dans les biens de la ſucceſſion du prédécédé; ils ne ſont donc point entr'eux conjoints dans cette moitié des biens de la continuation de communauté, puiſque chacun d'eux y a ſa part; & par conſéquent le droit d'accroiſſement qui a lieu *inter conjunctos re & verbis*, ne peut recevoir dans l'eſpece de cet article, aucune application; il ne ſe fait d'accroiſſement que d'une part que l'un des conjoints a manqué d'acquerir: il n'y a pas lieu à l'accroiſſement, lorſqu'elle a été une fois acquiſe. C'eſt ce qu'a fort bien remarqué Lauriere ſur cet article, d'où il a fort bien conclu, que les parts qu'avoient dans les biens de la continuation de communauté les enfans qui meurent durant la continuation de communauté, étant des parts qui leur étoient acquiſes, le principe du droit d'accroiſſement *inter conjunctos re & verbis*, ne peut recevoir d'application.

Il faut donc chercher une autre raiſon de l'accroiſſement des portions des

enfans qui meurent durant la continuation de communauté, que la Coutume accorde par cet article aux autres enfans. Je n'en vois pas d'autre, ſinon que la Coutume, par cet article, a voulu établir une nouvelle peine contre le ſurvivant, qui ne diſſout pas la communauté, en le privant de la ſucceſſion des portions qu'avoient dans les biens de la continuation de communauté, ſes enfans morts durant la continuation de communauté, nonobſtant ſa qualité d'héritier aux meubles & acquêts deſdits enfans, & en transférant cette ſucceſſion aux autres enfans ſurvivans, juſqu'au dernier, pour y ſuccéder à ſa place.

866. Obſervez que la Coutume ne prive par cet article le ſurvivant, de la ſucceſſion de ſes enfans morts durant la continuation de communauté, que par rapport à cette eſpece de biens: ſi ces enfans morts durant la continuation de communauté avoient acquis par leur induſtrie des biens meubles ou immeubles, ces biens n'étant pas de la continuation de communauté, *ſuprà*, *n.* 829, le ſurvivant en qualité d'héritier aux meubles & acquêts deſdits enfans, y ſuccéderoit.

Mais comme le mobilier qui advient au ſurvivant à quelque titre que ce ſoit, même à titre de ſucceſſion pendant la continuation de communauté, y tombe, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 825, ce mobilier qui n'étoit pas de la continuation de communauté, & que cet enfant avoit en propre, tombe dans la continuation de communauté, au moyen de la ſucceſſion qui en eſt échue au ſurvivant, pendant la continuation de communauté.

867. Obſervez que c'eſt à titre de ſucceſſion que la part qu'avoit dans les biens de la continuation de communauté, l'enfant mort durant cette continuation de communauté, accroît aux autres enfans: c'eſt pourquoi ils ſont tenus comme héritiers de cet enfant, de toutes les dettes de cet enfant, non-ſeulement de celles de la continuation de communauté pour la part dont cet enfant en étoit tenu, & qui diminuent de plein droit la part qu'il avoit dans les biens de la continuation; mais auſſi de toutes les autres dettes que cet enfant auroit contractées d'ailleurs; & ils en ſont tenus, à moins que cet enfant n'eût laiſſé d'autres biens immeubles qu'il avoit acquis de ſon induſtrie particuliere, auxquels le ſurvivant ſuccéde; auquel cas les dettes ſe répartiſſent entre le ſurvivant, comme héritier deſdits biens, & entre les freres & ſœurs de cet enfant, comme héritiers de ſa portion dans les biens de la continuation de communauté, pourquoi il y a une ventilation à faire: hors ce cas, le ſurvivant ne ſuccede en rien à ſon enfant mort, durant la continuation de communauté; ce ſont ſes freres & ſœurs qui ſont ſes ſeuls héritiers: car la portion qu'avoit cet enfant dans les biens de la continuation de communauté, étant le prix de ce qui revenoit à cet enfant dans le mobilier & dans le revenu des immeubles de la ſucceſſion du prédécédé, dont le ſurvivant lui devoit compte; le ſurvivant, par l'accroiſſement qui ſe fait de la portion de cet enfant dans les biens de la continuation de communauté, au profit des freres & ſœurs de cet enfant, s'acquitte envers eux de ce qui revenoit à cet enfant dans le mobilier & dans les revenus des immeubles de la ſucceſſion du prédécédé; il leur en transfere la ſucceſſion, bien loin qu'il y ſuccéde lui-même. Il n'eſt donc héritier pour rien de cet

enfant, ce ſont les freres & ſœurs de cet enfant, qui ſont ſeuls ſes héritiers, & qui ſont en conſéquence tenus de toutes ſes dettes.

868. Lorſque l'enfant mort durant la continuation de communauté, laiſſe une veuve avec qui il étoit en communauté de biens, la portion qu'il avoit dans les biens de la continuation de communauté, n'accroît à ſes freres & ſœurs qu'à la charge de laiſſer à la veuve ſa part dans les biens de ladite portion qui ſont entrés dans la communauté qui étoit entre ſon mari & elle.

869. La diſpoſition de l'*art.* 243, n'a lieu que lorſque les enfans qui meurent durant la continuation de communauté, meurent ſans enfans : s'ils en laiſſent, ils leur ſuccedent à leur droit de continuation de communauté, & il n'y a pas lieu au droit d'accroiſſement porté par cet article.

Lorſque la communauté continue avec pluſieurs enfans du prédécédé, & des petits enfans repréſentans un enfant mort avant ou depuis la continuation de communauté, ſi l'un deſdits petits-enfans meurt, ſa portion accroît à ſes freres & ſœurs qui reſtent; ce n'eſt qu'après la mort de tous leſdits petits-enfans, que leur portion accroît aux autres enfans du conjoint prédécédé.

870. La diſpoſition de cet article étant exorbitante du droit commun, elle doit être reſtreinte à ſon cas : cet article faiſant accroître les portions des enfans morts durant la continuation de communauté, aux autres enfans ſurvivans juqu'au dernier, *qui continuera la communauté*, il n'y a que ceux qui acceptent la continuation de communauté, qui puiſſent prétendre cet accroiſſement; c'eſt pourquoi, ſi le dernier reſté des enfans renonçoit à la continuation de communauté, & demandoit compte au ſurvivant de la part qui lui revient dans les biens de la ſucceſſion du prédécédé; n'étant pas lui-même en continuation de communauté avec le ſurvivant, il ne pourroit pas prétendre l'accroiſſement des portions des enfans morts avant lui; les choſes en ce cas doivent rentrer dans le droit commun, & le ſurvivant doit avoir été héritier de ceux de ſes enfans qui ſont morts de ſon vivant.

## ARTICLE II.

### *Du Droit d'accroiſſement qui a lieu dans la Coutume d'Orléans.*

871. Lorſque le ſurvivant de deux conjoints par mariage, eſt en continuation de communauté avec pluſieurs enfans de leur mariage, & que quelqu'un deſdits enfans vient à mourir pendant la continuation de communauté, la Coutume d'Orléans prive auſſi le ſurvivant de la ſucceſſion de la portion que cet enfant avoit dans le mobilier de la continuation de communauté qu'elle fait demeurer dans ladite continuation de communauté, & accroître aux autres enfans; mais elle ne prive pas d'abord & ſur le champ le ſurvivant, de cette ſucceſſion, comme fait la coutume de Paris, elle donne au ſurvivant une année, du jour de la mort de l'enfant pour ſe conſerver cette ſucceſſion, en faiſant diſſoudre dans ledit temps la continuation de communauté; ce n'eſt que faute par le ſurvivant d'avoir fait diſſoudre la continuation de communauté dans ledit temps, qu'elle le prive de la ſucceſſion de ladite portion, & qu'elle la fait demeurer dans la continuation

de communauté, & accroître aux autres enfans : c'eſt une premiere différence entre la Coutume d'Orléans & celle de Paris, par rapport au droit d'accroiſſement.

872. Une ſeconde différence eſt, qu'au lieu que la Coutume de Paris prive le ſurvivant de toute la portion que l'enfant décédé durant la continuation de communauté, avoit dans tous les biens de la continuation de communauté, tant dans les acquêts que dans le mobilier, & la fait accroître aux autres enfans ; au contraire, la Coutume d'Orléans ne prive pas quant à la propriété, le ſurvivant de la portion qu'avoit l'enfant décédé dans les acquêts de la continuation de communauté, elle ne le prive que des revenus deſdits acquêts, pendant tout le temps que la continuation de communauté a duré depuis la mort dudit enfant ; elle lui en laiſſe la propriété pour la portion qu'y avoit ledit enfant, & à laquelle elle n'empêche pas le ſurvivant de ſuccéder audit enfant. Voyez ce que nous en avons déja dit *ſuprà*, *n.* 835.

## SECTION IX.

### *De l'acceptation, & de la renonciation à la continuation de communauté.*

#### ARTICLE PREMIER.

#### *De l'acceptation, & de la renonciation à la continuation de communauté, ſuivant les principes de la Coutume de Paris.*

853. Il eſt au choix des enfans, après l'examen fait ſur l'inventaire des forces de la continuation de communauté, ou d'accepter & de demander au ſurvivant la continuation de communauté, ou de renoncer à la continuation de communauté, & de demander compte des biens de la ſucceſſion du prédécédé, en l'état qu'ils étoient au temps de la mort du prédécédé.

Obſervez que les enfans doivent, ou accepter la continuation de communauté pour tout le temps qu'elle a duré, ou y renoncer pour tout ledit temps ; ils ne ſeroient pas reçus à la demander pour une partie du temps qu'elle a duré, en y renonçant pour le ſurplus dudit temps.

Nous verrons dans un premier paragraphe, par qui peut être demandée la continuation de communauté ; dans un ſecond, ſi cette demande eſt ſujette à preſcription ; dans un troiſieme, quel eſt l'effet de l'acceptation de la continuation de communauté ; nous traiterons dans un quatrieme, de la renonciation à la continuation de communauté ; dans un cinquieme, nous verrons ſi entre pluſieurs enfans, les uns peuvent demander continuation de communauté, les autres y renoncer, & quelle part en ce cas doivent avoir dans la continuation de communauté ceux qui l'acceptent.

§. I.

## §. I.

### *Par qui la continuation de communauté peut-elle être demandée.*

874. Lorſque le prédécédé de deux conjoints a laiſſé pour héritiers des enfans mineurs de leur mariage; faute par le ſurvivant d'avoir ſatisfait à ce que la Coutume exige, pour empêcher la continuation de communauté, chacun deſdits enfans peut demander continuation de communauté : les enfans qui étoient majeurs lors de la mort du prédécédé, & ceux que le prédécédé avoit d'un précédent mariage, le peuvent auſſi; mais ſeulement dans le cas auquel la continuation auroit été demandée par quelqu'un de ceux qui étoient mineurs.

875. C'eſt une queſtion différemment jugée par les Arrêts, ſi le droit que la Coutume accorde aux enfans de demander continuation de communauté, eſt un droit ordinaire & diſponible qui paſſe à leurs légataires univerſels, qui tombe dans leur communauté lorſqu'ils ſont mariés, & qui puiſſe être exercé par leurs créanciers; ou ſi c'eſt un droit qui leur ſoit perſonnel, de maniere qu'il n'y ait que leſdits enfans qui puiſſent être reçus à demander par eux-mêmes la continuation de communauté, ſans que ceux qui ſe prétendroient à leurs droits, puſſent être reçus à la demander, lorſque les enfans ne la demandent pas, ou qu'ils ſont morts ſans l'avoir demandée. On cite des Arrêts qui ont jugé pour cette perſonnalité : on en cite un qui a donné congé d'une demande de créanciers qui demandoient à exercer les droits d'un enfant, leur débiteur, dans une continuation de communauté, que cet enfant n'avoit pas demandée; on en cite un autre, qui dans l'eſpece d'un enfant qui étoit mort ſans s'être expliqué ſur la continuation de communauté, a déclaré le légataire univerſel de cet enfant, non recevable à la demander; on en cite un autre, qui déclare pareillement non-recevable une veuve dans la demande qu'elle faiſoit en qualité de commune avec ſon défunt mari, qui étoit mort ſans s'expliquer ſur une continuation de communauté, par laquelle cette veuve demandoit à partager la part que ſon mari avoit dans les biens de ladite continuation, comme étant ladite part tombée dans la communauté qui avoit été entr'elle & ſon mari.

Il y a des Arrêts contraires : on en cite un qui a admis le légataire univerſel d'un enfant, à demander en cette qualité continuation de communauté, quoique l'enfant fût mort ſans l'avoir demandée.

Lebrun s'efforce envain de diſtinguer le cas d'un légataire univerſel d'un enfant qui eſt mort ſans avoir demandé la continuation de communauté qu'il avoit droit de demander, & le cas de la veuve ou des créanciers de cet enfant : il dit qu'un légataire univerſel qui eſt *heredis loco*, a plus de qualité pour demander la continuation de communauté que le défunt avoit droit de demander, que n'en ont la veuve ou les créanciers. Cette diſtinction eſt inſoutenable : ou ce droit eſt purement perſonnel à l'enfant, ou il ne l'eſt pas; s'il lui eſt purement perſonnel, il ne peut pas plus paſſer à ſes légataires univerſels, qu'à ſa veuve & à ſes créanciers; s'il ne

l'eſt pas, pourquoi les créanciers de cet enfant ne ſeroient-ils pas reçus à exercer pour lui ce droit, puiſqu'ils ſont reçus, dans notre Juriſprudence Françoiſe, à exercer les droits de leur débiteur pour une ſucceſſion, non-ſeulement dans le cas auquel leur débiteur ne l'auroit pas acceptée, mais même dans le cas auquel il l'auroit répudiée en fraude; en quoi, bien loin que des créanciers ayent moins de qualité & moins de droit pour exercer les droits de leur débiteur, que n'en ont ſes héritiers ou légataires univerſels, comme le prétend Lebrun, ils en ont au contraire davantage, puiſque ces héritiers ou légataires univerſels, ne pourroient pas accepter une ſucceſſion que le défunt auroit répudiée.

En mettant à l'écart les Arrêts qui ſont contraires, & qui peuvent avoir été rendus plutôt ſur les circonſtances de fait, que par le point de droit, je ne vois aucune raiſon ſolide, qui oblige de regarder comme un droit qui ſoit perſonnel aux enfans, celui que la Coutume leur donne de demander au ſurvivant continuation de communauté à la place du compte qui leur eſt dû du mobilier & du revenu des immeubles de la ſucceſſion du prédécédé; je ne vois rien qui empêche, que lorſqu'ils n'ont pas de leur vivant, conſommé ce choix que la Coutume leur donne, ils ne puiſſent tranſmettre ce choix à leurs ſucceſſeurs.

C'eſt ce qui a été jugé récemment par un Arrêt du 1 Septembre 1766, en la Grand'Chambre, au profit des créanciers du feu ſieur Durand de Meſi, rapporté dans le Supplément de Deniſart.

## §. II.

### *Si le droit que la Coutume accorde aux enfans de demander continuation de communauté, eſt ſujet à preſcription.*

876. Le droit que la Coutume accorde aux enfans, de demander au ſurvivant continuation de communauté, leur étant accordé pour leur tenir lieu, tant de leur part dans le mobilier de la communauté qui eſt reſté entre les mains du ſurvivant, que de leurs revenus dont le ſurvivant leur doit compte, c'eſt une conſéquence, que tant que les enfans ſont recevables à demander compte, ils ſont recevables à demander la continuation de communauté, qui doit, s'ils le veulent, leur en tenir lieu.

Mais l'action que les enfans ont pour demander ce compte, étant, de même que toutes les autres actions, ſujette à la preſcription ordinaire de trente ans, lorſque cette preſcription a été acquiſe au ſurvivant contre cette action, il paroît qu'elle doit l'être auſſi contre la demande en continuation de communauté, qui en eſt comme une eſpece de dépendance.

On ne peut pas établir contre cette déciſion, le principe que nous avons admis en notre Traité du Contrat de Société, *n.* 166, que la demande qu'avoit un aſſocié pour demander le partage d'une ſociété, étoit impreſcriptible tant que la communauté ſubſiſtoit. Ce principe n'a aucune application; car il ſuppoſe qu'il y a eu une ſociété établie qui ſubſiſte encore; mais la continuation de communauté n'étant dans la Coutume de Paris qu'un droit

& une faculté que la Coutume donne aux enfans de demander continuation de communauté au ſurvivant, à la place du compte qu'il leur doit du mobilier & des revenus des biens de la ſucceſſion de leur mere, il n'y a de ſociété & de communauté entre le ſurvivant & les enfans, qu'autant que les enfans ou leurs repréſentans ont demandé au ſurvivant qu'il y en eût une. Lorſqu'ils ne l'ont pas demandée, & que n'étant plus recevables à demander compte au ſurvivant, ils ne ſont plus recevables à lui demander une continuation de communauté qui en tient lieu, il eſt cenſé n'y avoir jamais eu de ſociété ni de communauté entre le ſurvivant & ſes enfans, & par conſéquent, le principe oppoſé ne peut recevoir d'application.

877. Il en eſt autrement dans la Coutume d'Orléans: la continuation de communauté n'eſt pas dans cette Coutume une ſimple faculté qu'ont les enfans de la demander; c'eſt une vraie ſociété & communauté que la Coutume établit entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, s'il n'y a pas eu de déclaration contraire. Cette ſociété ayant été établie lors de la mort du prédécédé, le ſurvivant a dès-lors commencé, & a depuis toujours continué de poſſéder en commun avec les héritiers du prédécédé, les biens dont cette ſociété eſt compoſée: c'eſt pourquoi les héritiers ſont toujours à temps de lui en demander le partage, ſans qu'il puiſſe leur oppoſer aucune preſcription, ſuivant le principe rapporté ci-deſſus.

## §. III.

### *Quel eſt l'effet de l'acceptation de la continuation de communauté.*

878. La continuation de communauté, dans les principes de la Coutume de Paris, étant la même communauté qui étoit entre les deux conjoints, laquelle eſt cenſée avoir continué entre le ſurvivant & les enfans héritiers ou ſucceſſeurs du prédécédé, il s'enſuit que lorſque tous leſdits enfans acceptent la continuation de communauté, ils doivent avoir tous enſemble dans la continuation de communauté, la même part qu'ils ont dans la communauté.

C'eſt pourquoi, lorſque la communauté entre les conjoints a été contractée à l'ordinaire pour être partagée par moitié entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, les enfans auront pareillement tous enſemble la même part dans les biens de la continuation de communauté.

Mais ſi par une clauſe du contrat de mariage, il étoit convenu que les héritiers du prédécédé n'auroient que le tiers dans les biens de la communauté, les enfans n'auront tous enſemble que le tiers dans ceux de la continuation de communauté; *vice verſâ*, s'il étoit dit que la femme ne ſeroit commune que pour un tiers, le mari étant prédécédé, ſes enfans qui ont les deux tiers dans la communauté, auront auſſi les deux tiers dans ceux de la continuation de communauté.

879. Dans la ſubdiviſion de la portion qui revient à tous les enfans, lorſqu'ils ont tous accepté la continuation de communauté, chacun y aura la même portion pour laquelle il ſuccede aux biens du prédécédé; c'eſt pourquoi, ſi le prédécédé qui a laiſſé quatre enfans, en a fait un ſon légataire

univerſel, ce légataire ayant ſeul ſuccédé à la moitié des biens du prédécédé, chacun des trois autres enfans réduits à leur légitime, n'ayant ſuccédé aux biens du prédécédé que pour un huitieme, n'aura pareillement qu'un huitieme dans cette ſubdiviſion, & le légataire univerſel aura le ſurplus.

Néanmoins le fils aîné, quoiqu'il ait dans les fiefs de la ſucceſſion du prédécédé, une plus grande portion que ſes puînés, n'a dans la ſubdiviſion de la portion qui revient aux enfans dans les biens de la continuation de communauté, qu'une part égale à celle que chacun de ſes puînés y a.

La raiſon eſt, que ce qu'il a de plus que ſes puînés dans les fiefs de la ſucceſſion du prédécédé, il ne l'a qu'à titre de préciput légal; mais il n'eſt héritier & ſucceſſeur aux biens du prédécédé, que pour une part égale à celle pour laquelle chacun de ſes puînés ſuccede.

A l'égard du cas auquel il n'y a qu'une partie des enfans qui accepte la continuation de communauté, Voyez le paragraphe 5, *infrà*.

## §. IV.

### *De la renonciation à la continuation de communauté.*

880. La Coutume, en diſant en l'article 24, que les enfans peuvent demander, *ſi bon leur ſemble*, continuation de communauté, déclare ſuffiſamment qu'ils peuvent renoncer à ce droit qu'ils ont, lorſqu'ils jugent que la continuation de communauté ne leur ſeroit pas avantageuſe.

Ils y peuvent renoncer, ſoit expreſſément, en le déclarant au bas de l'inventaire, ou par quelque autre acte, ſoit tacitement, par quelque fait qui renferme la volonté d'y renoncer. En voici un exemple: des enfans qui étoient en droit de demander continuation de communauté à la ſucceſſion du ſurvivant, à laquelle ils viennent avec d'autres enfans que le ſurvivant avoit d'un précédent mariage, laiſſent comprendre dans la maſſe des biens de la ſucceſſion du ſurvivant, tous les meubles qui ſe ſont trouvés lors de la mort du ſurvivant, & tous les immeubles acquis par le ſurvivant depuis la mort du prédécédé, & partagent avec leurs cohéritiers les biens de cette maſſe, ſans demander aucune diſtraction pour la part qu'ils avoient droit de prétendre dans leſdits biens à titre de continuation de communauté, il eſt bien évident que par ce fait les enfans déclarent ſuffiſamment qu'ils renoncent à la continuation de communauté, & qu'ils s'en tiennent à la créance qu'ils ont contre la ſucceſſion du ſurvivant, pour le compte que ladite ſucceſſion leur doit de celle du prédécédé, & de la communauté qui a été entre le ſurvivant & le prédécédé, en l'état qu'elle étoit au temps de la mort du prédécédé.

881. Lorſque c'eſt la femme qui eſt prédécédée, les enfans peuvent ou renoncer, tant à la communauté qu'à la continuation de communauté, ou renoncer ſeulement à la continuation de communauté, & accepter la communauté en l'état qu'elle étoit au temps de la mort du prédécédé: lorſque c'eſt le mari qui eſt prédécédé, les enfans ne peuvent renoncer qu'à la continuation de communauté.

882. L'effet de la renonciation des enfans à la continuation de commu-

nauté, eſt, que tous les meubles que le ſurvivant ſe trouve avoir, & tous les immeubles acquis par le ſurvivant depuis la mort du prédécédé, appartiennent pour le total au ſurvivant, qui eſt ſeulement débiteur envers ſes enfans, du compte des biens de la ſucceſſion du prédécédé, dont il eſt demeuré en poſſeſſion, & du compte de la communauté qui a été entre le ſurvivant & le prédécédé, en l'état qu'elle s'eſt trouvée au temps de la mort du prédécédé.

Il eſt néceſſaire pour ce compte de fixer à une certaine ſomme, la quantité du mobilier de la communauté qui s'eſt trouvé lors de la mort du prédécédé, pour la part qui en appartenoit à la ſucceſſion du prédécédé, dont le ſurvivant doit compte à ſes enfans.

Lorſque les parties ne conviennent pas entre elles de la ſomme à laquelle ce mobilier ſera fixé, il faut avoir recours au Juge pour régler cette ſomme. Le Juge, pour parvenir à ce réglement, ordonne qu'il ſera fait preuves reſpectives par les parties, tant par titres que par témoins, de l'état & des forces du mobilier de la communauté au temps de la mort du prédécédé.

Les titres qui peuvent conduire à cette preuve, ſont les livres de commerce, journaux & papiers domeſtiques, par le dépouillement qu'on en peut faire : le ſurvivant eſt pour cet effet tenu de les repréſenter, ou de ſe purger par ſerment qu'il n'en a aucuns.

La ſeconde eſpece de preuves réſulte des enquêtes par leſquelles chacune des parties peut faire entendre en dépoſition les perſonnes qui peuvent avoir quelque connoiſſance de l'état du mobilier de la communauté qui étoit au temps de la mort du prédécédé.

C'eſt ſur l'une & l'autre de ces preuves, ou ſur l'une d'elles, que le Juge ſe regle pour fixer la ſomme du mobilier dont le ſurvivant doit rendre compte.

## §. V.

### *Si entre pluſieurs enfans, les uns peuvent demander continuation de communauté, les autres y renoncer ; & quelle part en ce cas y ont les acceptans.*

883. Le droit de continuation de communauté eſt un droit diviſible, puiſqu'il a pour objet des choſes diviſibles. Voyez notre Traité des Obligations, *part.* 2, *chap.* 4, *ſect.* 2, *n.* 288.

Il eſt de la nature de tous les droits diviſibles, que lorſqu'un tel droit appartient à pluſieurs perſonnes, il ſe diviſe de plein droit entre les perſonnes à qui il appartient, leſquelles y ont chacune leur part ; *ibid.*, *n.* 299.

Le droit de continuation de communauté que la Coutume accorde aux enfans du prédécédé, ſe diviſe donc entre leſdits enfans, chacun d'eux y a ſa part ; & comme c'eſt en leur qualité d'héritiers du prédécédé que ce droit leur eſt accordé, la part que chacun deſdits enfans y a, eſt la part pour laquelle il eſt héritier du prédécédé.

Chacun des enfans ayant ſa part dans la continuation de communauté, rien n'empêche que les uns puiſſent demander la continuation de commu-

nauté pour les parts qu'ils y ont, & que les autres y renoncent pour la part qu'ils y ont.

Les enfans ont même souvent à cet égard des intérêts différens. Supposons que pendant une continuation de communauté qui a duré long-temps, le survivant a fait de grandes dépenses pour l'éducation d'un garçon, lesquelles ont absorbé les revenus de cet enfant; & qu'au contraire, il n'ait fait aucune dépense pour une fille qui a toujours demeuré à la campagne pendant ce temps. La part que chaque enfant a dans la continuation de communauté, lui tenant lieu de ce qui lui reviendroit dans le compte que le survivant doit à ses enfans du mobilier, & des revenus des immeubles de la succession du prédécédé, pour ce qui en revient à chacun d'eux, le garçon à qui il doit revenir peu de chose par ce compte, a intérêt de demander sa part dans la continuation de communauté; au contraire, la fille à qui il doit revenir beaucoup par ce compte, a intérêt de demander ce compte, & de renoncer pour cet effet à la continuation de communauté.

884. La grande question est de sçavoir, dans le cas auquel entre plusieurs enfans, les uns demandent continuation de communauté, les autres y renoncent: quelle doit être la part de ceux qui demandent la continuation de communauté? Lebrun prétend que les parts de ceux qui ont renoncé à la continuation de communauté, leur accroissent, de maniere que n'y eût-il qu'un enfant qui eût accepté la continuation de communauté, il peut seul demander en entier la moitié des biens de la continuation de communauté que la Coutume donne à tous les enfans du prédécédé, à la charge par cet acceptant de satisfaire à la décharge du survivant, ses freres & ses sœurs qui ont renoncé à la continuation de communauté de ce qui peut leur revenir pour leur part dans le compte du mobilier, & des revenus des immeubles de la succession du prédécédé que le survivant leur doit.

M. le Camus, dans un acte de notoriété du Châtelet, du 8 Août 1702, rejette l'opinion de Lebrun, qui charge les enfans acceptans seuls de la dette du compte dû aux renonçans. La part des renonçans dans les biens de la succession du prédécédé dont le compte leur est dû, ayant été en la possession du survivant, & non en celle des enfans acceptans, il est contre la raison de charger de ce compte les enfans acceptans, & de n'en pas charger le survivant.

Suivant ce même acte de notoriété, l'usage du Châtelet est, que les enfans acceptans aient en ce cas la moitié des biens de la continuation de communauté, & qu'ils contribuent pour cette moitié à la dette du compte dû aux renonçans, de même qu'à toutes les autres dettes de la communauté.

Cet usage du Châtelet est en ce point contraire à la décision d'un Arrêt du 6 Septembre 1687, rapporté au second tome du Journal du Palais, & par Lebrun, quoique contraire à son avis. Cet Arrêt a jugé que la part de l'enfant qui acceptoit la continuation de communauté, n'étoit point augmentée par la renonciation que les autres y avoient faite. Dans l'espece de l'Arrêt, de trois enfans que le prédécédé avoit laissé pour ses héritiers, deux avoient renoncé à la continuation de communauté, un seul l'avoit de-

mandée : l'Arrêt n'accorda à celui qui l'avoit demandée, que ſon tiers en la moitié, qui eſt un ſixieme au total des biens de ladite continuation.

La raiſon de l'Arrêt eſt, que la part que chacun des enfans a droit de demander dans les biens de la continuation de communauté, lui tient lieu de la part qui lui revient dans le mobilier & dans le revenu des immeubles de la ſucceſſion du prédécédé, qui ſont reſtés en la poſſeſſion du ſurvivant, dont il doit compte à ſes enfans; ceux des enfans qui ont renoncé à la continuation de communauté, conſervent la part qu'ils ont dans le mobilier & dans les revenus des immeubles de la ſucceſſion du prédécédé, & ils ne renoncent à la continuation de communauté, que pour s'en faire rendre compte par le ſurvivant : leur renonciation n'augmente donc pas la part qui en revient à celui des enfans qui demande continuation de communauté; & par conſéquent elle ne doit pas augmenter ſa part dans les biens de la continuation de communauté, qui lui en tient lieu. L'article 243, qui eſt le ſeul fondement de l'opinion contraire, ne reçoit ici aucune application. Si cet article fait accroître les portions des enfans morts durant la continuation de communauté aux enfans ſurvivans juſqu'au dernier, c'eſt comme nous l'avons déja obſervé *ſuprà*, que cet article qui contient une nouvelle peine contre le ſurvivant, prive le ſurvivant de ſuccéder auxdits enfans, à ce qui leur revient des biens de la ſucceſſion du prédécédé, qui ſont entrés dans la continuation de communauté, & en conſéquence de ſuccéder à la part qu'ils avoient droit de demander dans les biens de la continuation de communauté, qui devoit leur en tenir lieu. La Coutume transfere cette ſucceſſion, dont elle prive le ſurvivant des conjoints aux enfans ſurvivans juſqu'au dernier; c'eſt en conſéquence que le dernier reſté des enfans peut demander en entier la moitié des biens de la continuation de communauté, tant comme y ayant part de ſon chef, que comme étant aux droits des autres enfans prédécédés, dont la Coutume le rend à cet égard héritier à l'excluſion du ſurvivant.

Mais dans l'eſpece dont il s'agit, l'enfant qui demande ſeul continuation de communauté, n'eſt pas aux droits de ceux qui ont renoncé : bien-loin de cela, ceux qui y ont renoncé conſervent leurs droits, & ne renoncent à la continuation de communauté que pour s'en faire rendre compte. L'enfant qui demande ſeul continuation de communauté, n'ayant donc que la part qu'il a de ſon chef dans le mobilier, & les revenus des immeubles de la ſucceſſion du prédécédé, du compte deſquels la moitié des biens de la continuation de communauté tient lieu, il ne doit avoir que la part qu'il a de ſon chef dans leſdits biens de la continuation de communauté, & qu'il auroit, ſi tous les enfans demandoient comme lui la continuation de communauté.

Lauriere, dans une diſſertation qui eſt à la fin de ſes notes ſur Loiſel, ne ſuit ni la déciſion de cet Arrêt, ni celle de l'acte de notoriété ci-deſſus rapporté. Il embraſſe un ſentiment qui lui eſt particulier, & il prétend que la part de chacun des acceptans dans les biens de la continuation, doit être en même proportion que celle du ſurvivant. Par exemple, en ſuppoſant que de trois enfans, il n'y en a qu'un qui accepte; la miſe de cet enfant, étant le ſixieme qu'il avoit dans la premiere com-

munauté, & celle du ſurvivant, étant la moitié qui fait trois ſixiemes; la miſe de l'enfant eſt à celle du ſurvivant, dans la raiſon qu'un eſt à trois; & par conſéquent, ſuivant ce ſyſtême, il devroit avoir un quart dans les biens de la continuation, & le ſurvivant, les trois quarts.

Cette opinion de Lauriere porte ſur un faux principe, qui conſiſte à conſidérer la continuation de communauté, comme une nouvelle ſociété qui ſe contracte entre le ſurvivant & ſes enfans; ce principe étant faux comme nous l'avons fait voir *ſuprà n.* 772, l'opinion de Lauriere qui porte ſur ce principe, ne doit pas avoir lieu dans la Coutume de Paris, mais bien dans celles dans leſquelles la continuation de communauté eſt effectivement une nouvelle ſociété; auſſi l'avons-nous embraſſée *infrà*, pour la Coutume d'Orléans, qui eſt de ce nombre.

## ARTICLE II.

### *Principes de la Coutume d'Orléans ſur la renonciation à la continuation de communauté.*

885. La continuation de communauté étant, ſuivant les principes de la Coutume d'Orléans, une nouvelle communauté ou ſociété, qui ſe contracte entre le ſurvivant & les héritiers du prédécédé, lorſque ces héritiers étoient majeurs au temps de la mort du prédécédé, ils ne ſont pas plus reçus que le ſurvivant à renoncer à cette continuation de communauté, pour tout le temps qu'elle a duré; ils peuvent ſeulement, ſuivant les regles des ſociétés, en demander la diſſolution pour l'avenir.

886. Lorſque les héritiers du prédécédé ou quelques-uns d'eux étoient mineurs, lors de la mort du prédécédé, la Coutume leur permet d'y renoncer, & de s'en tenir à la communauté, en l'état qu'elle étoit au temps de la mort du prédécédé. C'eſt ce qui eſt porté par l'article 216 en ces termes: » Toutefois, ſi leſdits enfans ou (autres) héritiers étoient mi» neurs, ſera en leur choix & option, d'accepter ou refuſer ladite con» tinuation de communauté. »

C'eſt une reſtitution que la Coutume accorde aux mineurs, contre la continuation de la communauté ou ſociété qu'ils ont tacitement contractée en minorité avec le ſurvivant; cette reſtitution eſt fondée ſur ce que les mineurs, de Droit commun, ſont reſtituables contre tous les engagemens qu'ils contractent en minorité contre leurs intérêts.

887. Il ſuffit que les héritiers du prédécédé ayent été mineurs au temps de la mort du prédécédé, qui eſt le temps auquel la nouvelle communauté eſt cenſée s'être contractée, pour qu'ils puiſſent y renoncer, quoiqu'ils ſoient depuis devenus majeurs.

888. Ils le peuvent même après l'âge de trente-cinq ans accomplis; il eſt vrai que l'Ordonnance déclare les mineurs après cet âge, non recevables à ſe pourvoir par lettres de reſciſion contre les engagemens qu'ils ont contractés en minorité; mais les héritiers du prédécédé qui étoient mineurs au temps du prédécédé, n'ayant pas beſoin de ſe pourvoir par lettres de reſciſion contre la continuation de communauté, puiſqu'ils tiennent

nent de la loi même, le droit d'être reſtitués contre, & de pouvoir y renoncer ; ils ne ſont pas ſujets à cette preſcription.

889. Ils doivent faire cette renonciation à la continuation de communauté, pour tout le temps qu'elle a duré depuis la mort du prédécédé ; ils ne ſeroient pas recevables à l'accepter juſqu'à un certain temps, & à y renoncer pour le reſte du temps qu'elle a duré.

Mais rien n'empêche qu'un des héritiers du prédécédé puiſſe accepter de ſon chef, & pour ſa part la continuation de communauté, & y renoncer du chef & pour la part de ſon cohéritier à qui il a ſuccédé.

890. L'effet de la renonciation à la communauté, eſt qu'il eſt dû par le ſurvivant aux héritiers qui ont renoncé à la continuation de communauté, un compte de la part qui leur appartient dans les biens de la ſucceſſion du prédécédé, dont le ſurvivant eſt demeuré en poſſeſſion. Voyez ſur ce compte, ce qui en a été dit *ſuprà*.

Lorſqu'il n'y a qu'une partie des héritiers du prédécédé, qui a renoncé à la continuation de communauté, le compte qui leur eſt dû par le ſurvivant, eſt une dette de la continuation de communauté, qui eſt entre le ſurvivant & les autres héritiers du prédécédé.

891. Lorſque la communauté ne continue qu'avec une partie des héritiers du prédécédé, les parts du ſurvivant, & de chacun deſdits héritiers dans la continuation de communauté, ne ſe reglent pas dans la Coutume d'Orléans, de la même maniere qu'elles ſe reglent dans la Coutume de Paris ; la continuation de communauté, étant, ſelon les principes de la coutume d'Orléans, une eſpece de ſociété que le ſurvivant contracte avec les héritiers du prédécédé, & à laquelle chacune des parties apporte la part qu'il a dans la premiere communauté ; les parts que chacune des parties doit avoir dans la continuation de communauté, doivent, ſuivant les regles des ſociétés, être dans la même proportion que ce que chacune d'elles y a mis.

Lorſque cette ſociété ſe contracte entre le ſurvivant & tous les héritiers du prédécédé, le ſurvivant y apportant la moitié qu'il avoit dans la communauté, & les héritiers y apportant pareillement leur moitié qu'ils y avoient, ce que le ſurvivant y a apporté, étant en raiſon égale, à ce que les héritiers du prédécédé y ont apporté, le ſurvivant doit avoir dans la continuation de communauté, une part égale à celle des héritiers ; c'eſt-à-dire, que le ſurvivant y doit avoir la moitié, & les héritiers du prédécédé l'autre moitié, qui ſe ſubdiviſe entre eux par portions viriles, ſans que l'aîné y puiſſe prétendre plus que les autres.

Mais lorſque la communauté ne continue qu'avec une partie des héritiers du prédécédé, ce que le ſurvivant a apporté étant en ce cas en raiſon inégale, avec ce qu'ont apporté leſdits héritiers, chacune des parties doit avoir dans la continuation de communauté une part inégale, proportionnée à ce qu'elle y a mis. Suppoſons, par exemple, que le prédécédé a laiſſé trois héritiers, dont il n'y en a que deux qui aient continué la communauté avec le ſurvivant, le troiſieme y ayant renoncé, les deux héritiers n'ayant apporté en ce cas que le tiers en la moitié, ou le ſixieme

au total que chacun d'eux avoit dans la communauté, ce qui fait pour eux deux, deux ſixiemes ; & le ſurvivant ayant de ſon côté apporté la moitié qu'il y avoit, qui fait trois ſixiemes, ce que les héritiers ont apporté, ſe trouve, par rapport à ce que le ſurvivant y a apporté, dans la raiſon de deux à trois ; & par conſéquent, pour que chacune des parties ait dans la continuation de communauté, une partie proportionnée à ce qu'elle y a mis, le ſurvivant y doit avoir les trois cinquiemes, & les deux héritiers deux cinquiemes, qui eſt pour chacun d'eux un cinquieme.

## SECTION X.

### *Du partage de la continuation de communauté ; des prélevemens & des rapports qui s'y font.*

892. La premiere choſe pour parvenir au partage des biens de la continuation de communauté, eſt l'inventaire qu'on en doit faire.

On doit enſuite faire la liquidation des créances que chacune des parties a contre la continuation de communauté, & des dettes dont chacune des parties eſt débitrice envers la communauté.

Toutes les dettes de la communauté entrant dans la continuation de communauté, chacune des parties, les héritiers du prédécédé, de même que le ſurvivant ont contre la continuation de communauté, les mêmes créances qu'ils avoient contre la communauté.

Le ſurvivant eſt encore créancier de la continuation de communauté, de la repriſe du prix de ſes propres aliénés, durant la continuation de communauté qui y eſt entré.

Dans la Coutume d'Orléans, le ſurvivant eſt, outre cela, créancier de la repriſe de tout le mobilier qu'il juſtifiera lui être advenu par ſucceſſion, don, ou legs durant la continuation de communauté, & y être entré, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 831.

Il en eſt autrement dans la Coutume de Paris, qui fait entrer ce mobilier dans la continuation de communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 825.

Les héritiers du prédécédé, outre les créances qu'ils avoient contre la communauté, & qu'ils ont contre la continuation de communauté, ſont pareillement créanciers de la repriſe du prix de leurs propres aliénés durant la continuation de communauté qui y eſt entré, à moins que leſdits héritiers ne jugeaſſent à propos de déſapprouver la vente que le ſurvivant en auroit faite ſans droit, & de les revendiquer contre les acquéreurs, auquel cas il eſt évident qu'ils ne pourroient en demander le prix à la continuation de communauté.

Lorſqu'il eſt échu durant la continuation de communauté aux héritiers du prédécédé, quelques biens ou mobiliers ou immobiliers, dont le ſurvivant, comme leur tuteur, a eu l'adminiſtration, ces biens qui procedent d'ailleurs que de la ſucceſſion du prédécédé, n'appartiennent point, ni quant à la propriété, ni quant aux revenus à la continuation de commu-

nauté, comme nous l'avons vu ; le compte de tutele, que le ſurvivant doit auxdits héritiers pour l'adminiſtration qu'il a eue deſdits biens durant la continuation de communauté, eſt une dette de la continuation de communauté ; & en conſéquence, leſdits héritiers ſont créanciers de la continuation de communauté, du reliquat de ce compte : c'eſt pourquoi il eſt préalable de procéder à ce compte, avant que de procéder au partage des biens de la continuation de communauté.

893. Les dettes dont chacune des parties eſt débitrice envers la continuation de communauté, ſont en premier lieu, toutes celles dont elle étoit déja débitrice envers la communauté.

En ſecond lieu, chacune des parties eſt débitrice envers la continuation de communauté, des ſommes qui en ont été tirées pour les affaires particulieres dont elle a ſeule profité, & dont la continuation de communauté n'étoit point chargée, telles que ſont celles qui en ont été tirées pour le paiement de ſes dettes propres, pour des impenſes néceſſaires ou utiles, autres que celles de ſimple entretien faites à ſes héritages propres.

On peut à cet égard établir pour regle, que chacune des parties, ſoit le ſurvivant, ſoit les héritiers du prédécédé, doit récompenſe à la continuation de communauté, des ſommes qui en ont été tirées pour ſes affaires particulieres, dans les mêmes cas dans leſquels il auroit été dû récompenſe à la communauté conjugale pour les ſommes qui en auroient été tirées pour pareilles affaires.

Les héritiers du prédécédé, ſont auſſi débiteurs envers la continuation de communauté, de la ſomme qui en a été tirée pour le paiement des frais funéraires du prédécédé, & pour l'acquittement de ſon teſtament ; car comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 275 & 276, ce ſont charges particulieres de la ſucceſſion du prédécédé, dont la communauté ni la continuation de communauté ne ſont point chargées.

894. Après avoir fait des états de toutes les ſommes dont chacune des parties eſt créanciere de la continuation de communauté, & de toutes celles dont elle lui eſt débitrice ; lorſque les créances de l'une des parties, ſoit du ſurvivant, ſoit des héritiers du prédécédé, excedent ſes dettes, la ſomme dont elle ſera trouvée demeurer créanciere, après déduction faite de ſes dettes, fait la matiere d'un prélevement que cette partie a droit d'exercer ſur la maſſe des biens, tant de ladite ſomme, que des intérêts qui ont couru depuis la diſſolution de communauté.

Au contraire, lorſque les dettes de l'une des parties excedent ſes créances, la ſomme dont elle ſe trouvera débitrice envers la continuation de communauté, après déduction & compenſation faite de ce qui lui eſt dû, fait la matiere d'un rapport, que cette partie eſt tenue de faire à la maſſe des biens de la continuation de communauté, tant de cette ſomme que des intérêts qui en ont couru depuis la diſſolution de communauté ; laquelle ſomme & leſdits intérêts doivent être, au partage de ladite maſſe, précomptés à la partie qui en eſt débitrice.

894. Lorſqu'un enfant a été marié pendant la continuation de communauté, & a reçu une dot, ſoit en héritages, ſoit en argent, du fonds de

la continuation de communauté, il en doit faire le rapport au partage des biens de la continuation de communauté.

Il ne doit le rapport que du principal de la dot; il ne doit le rapport des fruits qu'il a perçus, ni des intérêts, que depuis la diſſolution de communauté; les autres lui tiennent lieu des alimens que la continuation de communauté eût été obligée de lui fournir, s'il n'eût pas été doté.

L'enfant ſatisfait au rapport de ſa dot qu'il doit, en la précomptant ſur la part qui lui revient au partage des biens de la continuation de communauté. Si la dot excédoit cette part, l'enfant devroit précompter l'excédant ſur la part qui doit lui revenir au partage qui eſt à faire entre lui & ſes freres & ſœurs, des propres de la ſucceſſion du prédécédé.

Si la dot excédoit la part qui revient à cet enfant dans tous les biens de la ſucceſſion du prédécédé, le ſurvivant ſeroit cenſé avoir donné *de ſuo* l'excédant; lequel excédant devroit en conſéquence être précompté ſur la part du ſurvivant dans les biens de la continuation de communauté.

Lorſqu'un enfant, durant la continuation de communauté, a, ſans être marié, reçu du fonds de cette communauté une ſomme pour lui former un établiſſement de commerce, ou pour l'acquiſition d'une charge, ou pour quelqu'autre eſpece d'établiſſement que ce ſoit, il doit pareillement faire rapport de la ſomme qu'il a reçue au partage des biens de la continuation de communauté; & tout ce que nous venons de dire du rapport qu'y doit faire de ſa dot, un enfant marié, reçoit une entiere application à ce rapport.

896. Lorſqu'une fille a fait profeſſion Religieuſe durant la continuation de communauté, & a reçu pour cet effet, une dot tirée des biens de la continuation de communauté, ſes freres & ſœurs auxquels, ſuivant l'art. 243 de la Coutume de Paris, accroît la part qu'elle avoit dans la continuation de communauté, doivent, comme étant à ſes droits, précompter ſur cette part qui leur accroît, la dot qu'elle eſt cenſée avoir reçue à compte de cette part.

Quand même la dot qu'elle a reçue, excéderoit cette part, s'il y a des propres de la ſucceſſion du prédécédé, les freres & ſœurs de la Religieuſe qui lui ont ſuccédé à la part qu'elle y avoit, doivent faire raiſon de cette dot au ſurvivant, qui eſt cenſé l'avoir fournie, plutôt ſur le bien de ſa fille, que ſur le ſien.

Mais ſi la dot excédoit la part que la fille Religieuſe avoit dans tous les biens de la ſucceſſion du prédécédé, le ſurvivant ſeroit cenſé avoir donné *de ſuo* l'excédant, & cet excédant devroit en conſéquence lui être précompté ſur ſa part au partage des biens de la continuation de communauté.

Dans la Coutume d'Orléans, qui faute par le ſurvivant d'avoir diſſous la continuation de communauté, dans l'année de la profeſſion Religieuſe de ſa fille, ne fait accroître à ſes freres & ſœurs, la part qu'elle avoit dans les biens de la continuation de communauté, que quant au mobilier, la dot doit être précomptée par proportion, en partie ſur le mobilier, & en partie ſur les aquêts de la part de la Religieuſe.

797. Au ſurplus, tout ce qui a été dit au Chapitre quatrieme de la

troiſieme Partie, ſur le partage des biens la communauté, ſur les effets, & ſur les obligations qu'il produit, s'applique également au partage des biens de la continuation de communauté.

Nous ferons ſeulement deux obſervations à l'égard de la ſubdiviſion qui eſt à faire entre les enfans du prédécédé.

La premiere eſt, que de même qu'au partage principal, quoique l'une des parties ait apporté plus que l'autre à la continuation de communauté; comme lorſque le ſurvivant a beaucoup de propres, dont les revenus ſont tombés dans la continuation de communauté, & que les héritiers du prédécédé en avoient peu, ou point; *aut vice verſâ* : néanmoins la partie qui a apporté plus en revenus, ne peut, pour raiſon de ce plus, prétendre aucun prélevement.

De même, dans la ſubdiviſion qui eſt à faire entre les enfans, quoique l'aîné qui a ſeul la moitié dans les héritages féodaux de la ſucceſſion du prédécédé, ait apporté à la continuation de communauté beaucoup plus en revenus, que n'en a apporté chacun de ſes puînés; néanmoins dans la ſubdiviſion, il ne peut prendre que ſa part virile & égale à celle qu'y a chacun des puînés, ſans qu'il puiſſe prétendre aucun prélevement pour ce qu'il a apporté en revenus de plus que n'en a apporté chacun d'eux.

898. La ſeconde obſervation, eſt que dans la ſubdiviſion, l'aîné ne peut prétendre dans les acquêts de la continuation de communauté, quoique féodaux, qu'une part égale à celle qu'y a chacun de ſes puînés; & il ne peut y exercer aucun droit d'aîneſſe. La raiſon eſt, que l'aîné n'a droit d'aîneſſe que dans les fiefs & autres biens nobles des ſucceſſions de ſes pere & mere ou autres aſcendans; mais on ne peut pas dire que ces quêts féodaux de la continuation de communauté, ſoient de la ſucceſſion du prédécédé, n'ayant été acquis que depuis ſa mort. La Coutume d'Orléans article 216, s'en eſt expliquée en ces termes: » Et ès acquiſitions » qui ſeront faites des biens de ladite communauté, le fils aîné, ou autre » mâle, n'aura prérogative d'aîneſſe. »

899. Ces termes, *ni autre mâle*, concernent le cas auquel la communauté a continué avec des héritiers collatéraux du prédécédé mâles & femelles. La Coutume décide, que quoique les mâles excluent les femelles dans les fiefs en ſucceſſion collatérale, néanmoins ils ne les excluent pas pour les acquêts féodaux de la continuation de communauté; parce que ces acquêts ne ſont pas de la ſucceſſion, n'ayant été acquis que depuis.

## SECTION XI.

### *Comment chacune des parties eſt-elle tenue des dettes de la continuation de communauté.*

900. Il n'eſt pas douteux que les parties, après le partage fait des biens de la continuation de communauté, ſont entre elles tenues des dettes, pour la part que chacune d'elles y a.

Pendant que la continuation de communauté dure, & même juſqu'au

partage, le ſurvivant étant ſeul en poſſeſſion de tous les biens de la continuation de communauté, doit être ſeul chargé des dettes ; & ſi les héritiers du prédécédé en ſont pourſuivis, il les en doit acquitter.

901. Il faut voir maintenant, comment chacune des parties eſt tenue des dettes de la continuation de communauté vis-à-vis des créanciers.

Pendant le temps que la continuation de communauté dure, & même juſqu'au partage, le ſurvivant peut en être pourſuivi pour le total, comme nous l'avons déja dit. Après le partage des biens de la continuation de communauté, il faut diſtinguer entre les dettes que le ſurvivant a lui-même contractées durant la continuation de communauté, & celles de la communauté qui ſont devenues dettes de la continuation de communauté.

A l'égard des dettes qu'il a lui-même contractées durant la continuation de communauté, il en eſt tenu pour le total vis-à-vis du créancier ; car le créancier en contractant, avec lui, n'a connu que lui, *ejus ſolius fidem ſecutus eſt* ; le ſurvivant en contractant, ſans dire en quel nom il contractoit, eſt cenſé avoir contracté, & s'être obligé *proprio nomine*.

A l'égard des dettes de la communauté qui a été entre le ſurvivant & le prédécédé, qui ſont devenues dettes de la continuation de communauté, le ſurvivant en eſt tenu après le partage, ſoit pour le total, ſoit pour moitié vis-à-vis le créancier, ſuivant la diſtinction *ſuprà*, *part.* 5, *art.* 1 *&* 2, de même que s'il n'y avoit pas eu de continuation de communauté ; la continuation de communauté dans laquelle les dettes de la communauté ſont entrées, étant une choſe étrangere à un créancier, qui n'a pu apporter aucun changement à l'obligation des débiteurs vis-à-vis le créancier.

902. Les héritiers du prédécédé ſont tenus envers le créancier, des dettes que le ſurvivant a contractées ſeul pendant la continuation de communauté pour la part qu'ils ont, & ils n'en ſont tenus qu'après le partage des biens de ladite continuation de communauté.

La raiſon pour laquelle ils n'en ſont tenus qu'après le partage des biens de la continuation de communauté, c'eſt que le ſurvivant ayant ſeul contracté leſdites dettes, leſdits héritiers n'en ſont tenus directement qu'envers le ſurvivant envers qui ils ſont obligés par le quaſi-contrat de continuation de communauté, d'en porter leur part ; n'ayant point contracté avec le créancier, ils n'en ſont tenus envers lui qu'indirectement, à cauſe du recours que le ſurvivant pourſuivi pour le total par le créancier, auroit contre eux, pour leur faire porter leur part de la dette. Pour éviter ce circuit d'actions, le créancier eſt reçu à la leur demander : leſdits héritiers n'étant donc tenus de la dette envers le créancier, qu'à cauſe du recours que le ſurvivant auroit contre eux, lequel recours il ne peut avoir que depuis le partage, ne pouvant pas l'avoir pendant qu'il eſt ſeul en poſſeſſion des biens de la continuation de communauté, c'eſt une conſéquence qu'ils ne ſont tenus de la dette envers le créancier, qu'après le partage des biens de la continuation de communauté.

903. Les héritiers du prédécédé ne ſont à la vérité, tenus perſonnellement que pour leur part, des dettes que le ſurvivant a contractées durant la continuation de communauté : mais lorſque ces dettes ſont hypo-

thécaires, & que lesdits héritiers sont possesseurs de quelque immeuble de la continuation de communauté tombé dans leur lot, ils peuvent être poursuivis hypothécairement pour le total desdits dettes, le survivant, comme chef & libre administrateur des biens de la continuation de communauté, ayant eu le droit de les hypothéquer aux dettes qu'il a contractées.

904. A l'égard des dettes de la communauté, qui sont devenues dettes de la continuation de communauté, les héritages du prédécédé en sont tenus envers le créancier, soit pour le total, soit pour leur part, suivant les distinctions qui ont faites *suprà*, *part.* 5, *art.* 1 & 2; de même que s'il n'y avoit point eu de continuation de communauté, & ils en sont tenus, même pendant le temps de la continuation de communauté, sauf leur recours contre le survivant pour en être acquittés.

905. Il reste une question, qui est de sçavoir, si le privilege que la Coutume accorde à la femme & à ses héritiers, de n'être tenus des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de ce qu'ils en ont amandé, a pareillement lieu à l'égard des dettes de la continuation de communauté? Lorsque c'est la femme qui a survécu, ayant continué la communauté faute de faire inventaire, il est évident qu'elle ne peut plus jouir de ce privilege, que les Coutumes ne lui accordent que sous la condition expresse de faire inventaire, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 560.

Lorsque c'est le mari qui a survécu, la continuation de communauté étant dans la Coutume de Paris, regardée, comme la même communauté qui étoit entre les deux conjoints, qui continue entre le survivant & les héritiers du prédécédé, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 772, je pense que les héritiers de la femme prédécédée, doivent jouir de ce privilege, & qu'ils ne doivent être tenus tant des dettes de la communauté, qui sont devenues dettes de la continuation de communauté, que de celles que le survivant a contractées pendant la continuation de communauté, que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont amandé, tant des biens de la communauté, que de ceux de la continuation de communauté: c'est l'avis de Lebrun.

Dupleſſis encherit sur Lebrun, en deux points, par rapport aux dettes contractées par le survivant pendant la continuation de communauté; 1°. il accorde le privilege de n'en être pas tenus *ultrà vires*, non-seulement aux héritiers de la femme prédécédée; mais pareillement aux héritiers du mari prédécédé; 2°. il veut qu'ils n'en soient tenus que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont dans les biens de la continuation de communauté seulement, sans qu'ils soient tenus du compte de la part qu'ils ont eue dans les conquêts de la communauté.

906. La question souffre plus de difficulté dans la Coutume d'Orléans. La continuation de communauté étant dans cette Coutume, une communauté contractée entre le survivant & les héritiers du prédécédé, différente de celle qui étoit entre les conjoints; étant une communauté qui n'est appellée continuation de communauté, que parce qu'elle succede à la premiere *nullo interpoſito intervallo*, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 774, il paroît difficile d'accorder aux héritiers de la femme prédécédée qui ont

été en continuation de communauté avec le ſurvivant, le privilege de n'être pas tenus des dettes de la continuation de communauté *ultrà vires*, ſoit de celles que le ſurvivant a contractées durant la continuation de communauté, ſoit de celles qui étant dettes de communauté, ſont devenues dettes de la continuation de communauté; car la Coutume, n'ayant accordé ce privilege que pour la communauté, n'en ayant rien dit à l'égard de la continuation de communauté, dont elle a traité dans un titre ſéparé, il eſt difficile d'étendre à la continuation de communauté un privilege que la Coutume a établi pour la communauté; étant de la nature des privileges, de ne pouvoir être étendus d'un cas à un autre.

On peut dire au contraire, en faveur de l'extenſion que le privilege accorde à la femme & à ſes héritiers, de n'être tenus des dettes de la communauté au-delà de ce qu'ils en amendent, étant fondé ſur cette raiſon, que le mari étant le maître de contracter autant de dettes qu'il voudra ſans le conſentement de ſa femme, il ſeroit trop dur que la femme & ſes héritiers fuſſent tenus au-delà de ce qu'ils amendent de la communauté, de ces dettes qu'ils n'ont pu empêcher; le ſurvivant ayant pendant la continuation de communauté, la même liberté de contracter des dettes ſans le conſentement des héritiers du prédécédé, il ſemble que la même raiſon milite en leur faveur; or, *ubi eadem æquitas, idem jus.*

## CHAPITRE II.

### *De la continuation de Communauté compoſée.*

907. LORSQUE le ſurvivant qui eſt en continuation de communauté avec ſes enfans héritiers du prédécédé, paſſe à un ſecond mariage avec une ſeconde femme, avec qui il contracte une communauté de biens; en contractant avec elle cette communauté, il l'aſſocie à celle en laquelle il eſt avec ſes enfans de ſon premier mariage: ces deux communautés, ſçavoir, celle en laquelle il eſt avec ſes enfans du premier mariage, & celle qu'il vient de contracter avec ſa ſeconde femme, ſe réuniſſent & forment, quant aux choſes & aux charges qui ſont tant de l'une que de l'autre communauté, une communauté compoſée, que nous appellerons *tripartite*, parce que c'eſt une communauté par tiers entre trois têtes; ſçavoir, le ſurvivant, les enfans du premier mariage, & la ſeconde femme.

Il en eſt de même quand une veuve qui eſt en continuation de communauté avec ſes enfans, paſſe à un ſecond mariage avec un homme avec qui elle contracte communauté.

Obſervez que les deux communautés qui ſe réuniſſent pour former la communauté tripartite, ne laiſſent pas, nonobſtant cette union, de conſerver leur être propre & leur nature particuliere.

Si la femme à qui le ſurvivant qui eſt en continuation de communauté avec ſes enfans, s'eſt remarié, étoit elle-même en continuation de communauté avec

avec des enfans d'un premier mariage, il ſe formeroit par la réunion de ces différentes communautés, une communauté par quart, ou quadripartite entre quatre têtes; ſçavoir, le ſurvivant, les enfans de ſon premier mariage, ſa ſeconde femme, & les enfans du premier mariage de la ſeconde femme.

La communauté peut encore ſe former entre un plus grand nombre de têtes, lorſque les conjoints qui ſe remarient, ſont veufs de pluſieurs femmes ou de pluſieurs maris, avec les enfans de chacun deſquels ils ſont en continuation de communauté.

908. Ce que nous avons dit juſqu'à préſent, que le ſurvivant en ſe remariant à une ſeconde femme, avec qui il contracte communauté, l'aſſocie à celle en laquelle il eſt avec ſes enfans, paroît contraire à la regle de Droit qui eſt en la Loi 47, §. *fin.* ff. *de reg. jur. Socii mei ſocius, meus ſocius non eſt:* ſuivant cette regle, mon aſſocié en contractant une ſociété avec un tiers durant cette ſociété, ne peut pas aſſocier ce tiers à notre ſociété, & le faire devenir mon aſſocié; il ne peut l'aſſocier qu'à ſa part dans notre ſociété.

La réponſe eſt, que cette regle de Droit n'a lieu que dans les ſociétés ordinaires : dans ces ſociétés, chaque aſſocié n'ayant droit de diſpoſer ſans le conſentement de l'autre, que de la part qu'il a dans la ſociété, L. 68, ff. *pro ſoc.* mon aſſocié en contractant ſociété avec un tiers, ne peut l'aſſocier qu'à la part qu'il a dans notre ſociété; il ne peut l'aſſocier à la mienne dont il n'a pas droit de diſpoſer; il ne peut par conſéquent, ſans mon conſentement, le faire devenir mon aſſocié. C'eſt ſur ces principes qu'eſt formée la regle de Droit; *ſocii mei ſocius, meus ſocius non eſt*, ci-deſſus citée; mais cette regle ne peut s'appliquer à la continuation de communauté qui eſt entre le ſurvivant & ſes enfans; car cette ſociété eſt une eſpece particuliere de ſociété, dont le ſurvivant qui en eſt le chef, a ſeul la libre diſpoſition ſans le conſentement de ſes enfans, tant pour leur part que pour la ſienne. C'eſt pourquoi lorſqu'il contracte communauté avec un tiers, il l'aſſocie à la communauté en laquelle il eſt avec ſes enfans, tant pour leur part que pour la ſienne.

Nous verrons ſur la tripartite, 1°. quelles ſont les choſes qui la compoſent : 2°. quelles en ſont les charges : 3°. qui en eſt le chef, & quel eſt ſon pouvoir : 4°. comment elle ſe diſſout, & des effets de ſa diſſolution : 5°. de la renonciation de communauté : 6°. du partage de cette communauté, des prélevemens, & des rapports qui s'y font : 7°. comment chacun eſt tenu des dettes de cette communauté. Cela fera la matiere de ſept Sections. Nous en ajouterons une huitieme ſur une eſpece particuliere, dans laquelle il eſt queſtion de ſçavoir, ſi des enfans ſont recevables à demander la communauté par tiers à leur belle-mere.

Tout ce que nous dirons dans ce Chapitre ſur la communauté tripartite, peut s'appliquer à celles qui ſont compoſées d'un plus grand nombre de têtes.

## SECTION PREMIERE.

### *Des choſes dont eſt compoſée la communauté tripartite.*

909. On peut établir comme un principe général, que la communauté tripartite eſt compoſée des choſes qui entrent dans l'une & dans l'autre des communautés qui la forment, c'eſt-à-dire, des choſes qui entrent tant dans la communauté conjugale, que dans celle du ſurvivant avec ſes enfans: les choſes qui n'entrent que dans l'une des deux communautés, ne ſont pas de la communauté tripartite.

910. *Corollaire I.* Toutes les choſes qui ſont de la communauté du ſurvivant avec ſes enfans, & que le ſurvivant, ſuivant le droit qu'il en a, *ſuprà*, *n.* 853, fait entrer dans la communauté qu'il contracte avec ſa ſeconde femme, ſont de la communauté tripartite.

Suivant ce corollaire, le mobilier qui eſt de la communauté du ſurvivant avec ſes enfans, tombant dans la communauté que le ſurvivant contracte avec ſa ſeconde femme; & ſe trouvant par conſéquent être des deux communautés, il eſt de la communauté tripartite.

Dans ce mobilier de la continuation de communauté, ſont compriſes les créances mobiliaires qu'elle a non-ſeulement contre des tiers, mais même celles qu'elle a, ſoit contre le ſurvivant, ſoit contre ſes enfans; leſquelles créances deviennent des créances de la communauté tripartite.

Si par une clauſe du contrat du ſecond mariage, ce mobilier ne devoit entrer dans la communauté conjugale avec la ſeconde femme, que juſqu'à la concurrence d'une certaine ſomme, il n'entreroit dans la communauté tripartite que juſqu'à concurrence de cette ſomme; le ſurplus étant par cette clauſe exclus de la communauté conjugale, eſt par conſéquent pareillement exclus de la communauté tripartite, & demeure commun entre le ſurvivant & ſes enfans ſeulement.

A l'égard du mobilier que le ſurvivant auroit réaliſé en ſe le réſervant propre par une clauſe du contrat de ſon premier mariage, il entre bien dans la communauté conjugale que le ſurvivant contracte avec ſa ſeconde femme; mais n'appartenant pas à la communauté du ſurvivant avec ſes enfans, dans laquelle il n'eſt qu'à la charge de la repriſe au profit du ſurvivant, il ne peut, ſuivant notre principe, être de la communauté tripartite.

A plus forte raiſon, le mobilier réaliſé par le prédécédé, n'en eſt pas; car il n'eſt ni de l'une ni de l'autre des deux communautés; il n'appartient pas à la communauté du ſurvivant & de ſes enfans, dans laquelle il n'eſt qu'à la charge de la repriſe au profit des enfans: il n'appartient pas non plus à la communauté conjugale, dans laquelle le ſurvivant qui n'a pas le droit d'en diſpoſer, n'a pu le faire entrer.

Les conquêts de la continuation de communauté, acquis par le ſurvivant dans le temps intermédiaire de la mort du prédécédé, & du ſecond mariage, ne ſont pas de la communauté tripartite; car ils ne ſont communs qu'entre le ſurvivant & ſes enfans: ils n'entrent pas dans la communauté conjugale que le ſurvivant a contractée avec ſa ſeconde femme.

Mais ſi le ſurvivant, par une clauſe du contrat de ſon ſecond mariage, avoit ameubli ces conquêts, ils ſeroient de la communauté tripartite; car le mari en les faiſant entrer par la clauſe d'ameubliſſement, dans la communauté conjugale qu'il contracte avec ſa ſeconde femme, comme il en a le droit, *ſuprà*, *n.* 853, ils ſe trouvent appartenir à l'une & à l'autre communauté.

Il en ſeroit autrement des propres du ſurvivant qu'il auroit ameublis par le contrat de ſon ſecond mariage; ne devenant par cet ameubliſſement communs qu'entre le ſurvivant & la ſeconde femme; n'étant que de la communauté conjugale du ſurvivant avec ſa ſeconde femme; n'étant pas de celle du ſurvivant avec ſes enfans, ils ne peuvent, ſuivant notre principe, être de la communauté tripartite.

Nous entendons par propres du ſurvivant, même les conquêts de la communauté qui étoit entre le ſurvivant & le prédécédé, pour la part qui en appartient au ſurvivant; car ces conquêts n'entrant pas dans la continuation de communauté, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 820, ils ſont propres de continuation de communauté.

Enfin tous les revenus tant des biens du ſurvivant, préſens & à venir, que de ceux de la ſucceſſion du prédécédé, à compter du jour du ſecond mariage, pendant tout le temps que les deux communautés durent, ſont de la communauté tripartite; car ils commencent de ce jour à entrer dans la communauté conjugale du ſurvivant avec ſa ſeconde femme, & à être par conſéquent de l'une & de l'autre communauté, dont la communauté tripartite eſt compoſée.

911. *Corollaire II.* Toutes les choſes que la ſeconde femme fait entrer dans la communauté conjugale que le ſurvivant contracte avec elle, ſont de la communauté tripartite, car elles ſont des deux communautés: ces choſes étant miſes par la ſeconde femme dans la communauté conjugale qui eſt entre elle & le ſurvivant, elles deviennent en même temps biens de la communauté qui eſt entre le ſurvivant & ſes enfans, à laquelle le ſurvivant acquiert tout ce qu'il acquiert pendant qu'elle dure; & à laquelle par conſéquent il acquiert toutes les choſes qu'il acquiert de ſa ſeconde femme par le contrat de communauté qu'il contracte avec elle.

Suivant ce corollaire, tout le mobilier que la ſeconde femme avoit lors du ſecond mariage, eſt de la communauté tripartite, puiſqu'en entrant dans la communauté conjugale, il entre auſſi dans celle du ſurvivant avec ſes enfans.

Mais ſi par une clauſe du contrat du ſecond mariage, il n'avoit été apporté à la communauté que juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, il ne ſeroit de la communauté tripartite que juſqu'à concurrence de cette ſomme, n'étant pour le ſurplus ni de l'une, ni de l'autre des communautés qui la compoſent.

Suivant ce corollaire, les immeubles que la ſeconde femme ameublit par le ſecond contrat de mariage, ſont auſſi de la communauté tripartite; car ils ſont des deux communautés: le ſurvivant en les acquérant à titre de communauté, les acquiert à la communauté qu'il a avec ſes enfans.

Les revenus de tous les biens de la femme, préſens & à venir, tombant dans la communauté conjugale depuis le jour du ſecond mariage, tombent

auſſi dans celle du ſurvivant avec ſes enfans, & ſont de la communauté tripartite.

Pareillement, toutes les choſes qui adviennent à la ſeconde femme pendant que durent les deux communautés, & qui tombent dans la communauté conjugale, ſoit de droit commun, ſoit par quelque clauſe d'ameubliſſement, tombant auſſi, par les raiſons ci-deſſus dites, dans la communauté du ſurvivant & de ſes enfans, elles ſont de la communauté tripartite.

Même dans la Coutume d'Orléans, les choſes advenues à la ſeconde femme par ſucceſſion ou donation, & qui ſont tombées dans la communauté conjugale, tombent auſſi dans celle du ſurvivant & de ſes enfans, & ſont par conſéquent de la communauté tripartite. La Coutume d'Orléans exclut bien de la communauté qui eſt entre le ſurvivant & ſes enfans, les choſes qui en échéent au ſurvivant à titre de ſucceſſion, donation ou legs, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 830 *& ſuiv.*: mais les choſes échues à ces titres à la ſeconde femme, n'en ſont pas pour cela exclus; car le ſurvivant acquiert de ſa ſeconde femme ces choſes, en vertu du titre de la communauté qu'il a contractée avec elle; lequel titre de communauté eſt un titre de commerce; & tout ce que le ſurvivant acquiert à titre de commerce, il l'acquiert à la communauté qu'il a avec ſes enfans.

912. *Corollaire III.* Toutes les choſes que le ſurvivant acquiert depuis le ſecond mariage, & qui entrent dans les deux communautés, ſont de la communauté tripartite.

Suivant ce corollaire, toutes les choſes que le ſurvivant acquiert à titre de commerce depuis le ſecond mariage, pendant que les deux communautés durent, ſont de la communauté tripartite; car elles entrent dans les deux communautés.

913. Pareillement, ſuivant ce corollaire, tout le mobilier qui advient au ſurvivant, à quelque titre que ce ſoit, depuis le ſecond mariage, pendant que les deux communautés durent, eſt de la communauté tripartite dans la Coutume de Paris; car il tombe dans les deux communautés.

Exceptez celui qui auroit été réaliſé par une clauſe du contrat du ſecond mariage, qui réſerveroit propre ce qui adviendroit aux parties par ſucceſſion, don ou legs. Le mobilier qui adviendroit, durant le ſecond mariage, au ſurvivant, à quelqu'un de ces titres, ne ſeroit pas de la communauté tripartite; car étant exclus, par la clauſe de la réaliſation, de la communauté conjugale, il n'eſt commun qu'entre le ſurvivant & ſes enfans.

Dans la Coutume d'Orléans, le mobilier advenu au ſurvivant par ſucceſſion, ou donation, ou legs, n'eſt pas de la communauté tripartite; car il entre bien dans la communauté qui eſt entre le ſurvivant & ſa ſeconde femme, mais cette Coutume, *art.* 117, l'exclut de la communauté qui eſt entre le ſurvivant & ſes enfans.

914 Dans la Coutume de Paris, même les immeubles qui ſont donnés ou légués au ſurvivant depuis ſon ſecond mariage, pendant que les deux communautés durent, ſont de la communauté tripartite; car dans cette Coutume, ils entrent dans les deux communautés.

Bien entendu pourtant, pourvu que ces donations, ou legs n'aient pas

été faits par ſes pere & mere, ou quelqu'autre de ſes parens de la ligne aſcendante, auquel cas ils n'entrent ni dans l'une, ni dans l'autre communauté; comme auſſi à l'égard de celles faites par des collatéraux ou des étrangers, pourvu qu'il n'y ait pas quelque clauſe de réſerve de propre, ſoit par le contrat du ſecond mariage, ſoit par l'acte de donation qui les exclut de l'une & de l'autre communauté.

Dans la Coutume d'Orléans, les immeubles, de même que les meubles donnés ou légués au ſurvivant par quelque perſonne que ce ſoit, n'entrant pas dans la communauté du ſurvivant avec ſes enfans, comme il a été déja dit, ils ne peuvent être de la communauté tripartite.

915. Les immeubles échus par ſucceſſion au ſurvivant, depuis ſon ſecond mariage, ne peuvent être de la communauté tripartite, quand même il y auroit clauſe par le contrat du ſecond mariage, qui porteroient que les ſucceſſions ſeroient communes; car cette clauſe fait bien entrer ces immeubles dans la communauté du ſurvivant avec ſa ſeconde femme, mais ils n'entrent pas dans celle du ſurvivant avec ſes enfans; & ils ne ſont pas par conſéquent de la communauté tripartite.

916. On doit comprendre parmi les biens de la communauté tripartite, non-ſeulement les créances qu'elle a contre des tiers, mais pareillement celles qu'elle a contre la ſeconde femme, ſoit contre les enfans, ſoit contre le ſurvivant, pour ce que chacune deſdites parties a tiré de la ladite communauté, ſoit pour le paiement de ſes dettes propres, ſoit pour des impenſes faites ſur ſes héritages propres, autres que celles de ſimple entretien, ſoit pour quelqu'autre affaire qui leur fût particuliere, & dont elle eût ſeule recueilli le profit.

## SECTION II.

### *Des charges de la communauté tripartite.*

917. Les charges de la communauté tripartite, ſont celles qui le ſont tant de l'une que de l'autre communauté dont elle eſt compoſée.

*Premier Corollaire.* Toutes les dettes mobiliaires de la continuation de communauté du ſurvivant avec ſes enfans, ſont de la communauté tripartite.

La raiſon eſt, que le ſurvivant, en aſſociant ſa ſeconde femme par la communauté qu'il contracte avec elle, à tous les biens mobiliers de ſa communauté avec ſes enfans, il la rend auſſi participante de toutes les dettes paſſives mobiliaires de cette communauté. Ces dettes étant une charge deſdits biens, *cùm bona non intelligantur niſi deducto ære alieno*, elles entrent avec leſdits biens dans la communauté que le ſurvivant contracte avec la ſeconde femme; & étant dettes de l'une & de l'autre communauté, elles ſont, ſuivant notre principe, dettes de la communauté tripartite.

918. Ces dettes paſſives mobiliaires de la communauté du ſurvivant avec ſes enfans, qui entrent dans la communauté conjugale avec la ſeconde femme, & par conſéquent dans la communauté tripartite, ſont non-ſeulement celles dont ladite communauté du ſurvivant avec ſes enfans eſt débitrice envers des tiers, mais pareillement celles dont elle eſt débitrice, ſoit envers les

enfans, soit envers le survivant, pour leurs reprises, remplois de propres, &c. même pour le préciput porté au contrat du premier mariage, dont ladite communauté est débitrice envers le survivant.

919. Les rentes dues par la communauté du survivant avec ses enfans, ne tombent pas dans celle qu'il contracte avec sa seconde femme ; n'y ayant que le mobilier respectif des parties, tant en actif que passif, qui y tombe, elles ne sont pas par conséquent dettes de la communauté tripartite.

Si néanmoins le survivant, par le contrat du second mariage, avoit contracté avec sa seconde femme une communauté de tous ses biens, tous les biens, tant immeubles que meubles de la continuation de communauté avec ses enfans, entrant en ce cas dans la communauté conjugale, toutes les dettes de cette continuation de communauté, tant les rentes que les dettes mobiliaires, doivent pareillement y entrer ; & elles sont par conséquent en ce cas dettes de la communauté tripartite.

920. Le principe que nous avons établi par ce corollaire, que les dettes passives mobiliaires de la communauté du survivant, sont de la communauté tripartite, souffre exception dans le cas auquel le contrat de mariage avec la seconde femme, porte une séparation de dettes, soit expresse, soit tacite ; car étant par cette clause, exclusé de la communauté conjugale, n'étant dettes que de la communauté qui est entre le survivant & ses enfans, elles ne peuvent être dettes de la communauté tripartite.

921. Les dettes passives mobiliaires du survivant qui lui sont propres, & ne sont pas dettes de sa communauté avec ses enfans (sur quoi voyez la Section III du Chapitre précédent) entrent bien dans la communauté conjugale avec la seconde femme, s'il n'y a pas de clause de séparation de dettes ; mais elles ne sont pas dettes de la communauté tripartite, ne l'étant que de l'une des communautés dont elle est composée.

A plus forte raison, les dettes passives qui sont propres aux enfans, ne sont pas dettes de la communauté tripartite ; car elles ne le sont ni de l'une ni de l'autre communauté.

922. *Corollaire II.* Toutes les dettes passives mobiliaires de la seconde femme, qui tombent dans la communauté conjugale qu'elle contracte avec le survivant, sont de la communauté tripartite.

La raison est, que tous les biens que la seconde femme apporte à la communauté conjugale, entrant dans celle du survivant avec ses enfans, comme nous l'avons vu en la Section précédente, *n.* 910, les dettes passives mobiliaires de la seconde femme, qui sont une charge desdits biens, doivent pareillement y entrer, *cùm bona non intelligantur nisi deducto ære alieno.* Ces dettes étant donc dettes de l'une & de l'autre communauté, dont la tripartite est composée, elles sont dettes de la communauté tripartite.

923. Les rentes dûes par la seconde femme, n'entrant pas dans la communauté conjugale, n'entrent pas pareillement dans celle du survivant avec ses enfans ; & n'étant dettes ni de l'une ni de l'autre communauté, elles ne peuvent être de la communauté tripartite.

Mais si par le contrat du second mariage, il y avoit une communauté de tous biens, tous les biens de la seconde femme, tant immeubles que meu-

bles, entrant en ce cas, tant dans la communauté conjugale, que dans celle du ſurvivant avec ſes enfans, toutes les dettes de la ſeconde femme, les rentes, auſſi-bien que les dettes mobiliaires, doivent pareillement y entrer; & étant en ce cas dettes des deux communautés, elles ſont dettes de la communauté tripartite.

Au contraire, lorſque par le contrat du ſecond mariage, il y a ſéparation de dettes, ſoit expreſſe, ſoit tacite, les dettes de la ſeconde femme ne peuvent être dettes de la communauté tripartite, puiſqu'elles ne le ſont ni de l'une, ni de l'autre des communautés dont elle eſt compoſée.

924. *Corollaire III.* Toutes les dettes contractées par l'homme ſurvivant, pendant tout le temps que dure la communauté tripartite, ſont dettes de cette communauté; car étant le chef des deux communautés dont elle eſt compoſée, il les charge l'une & l'autre des dettes qu'il contracte; & la communauté tripartite en eſt par conſéquent chargée.

Ce corollaire ſouffre exception à l'égard des dettes dont il ne peut charger ſa communauté conjugale. Sur quoi, voyez *ſuprà*, *n.* 251, *& ſuiv.* & à l'égard de celles dont il ne peut charger la communauté qu'il a avec ſes enfans; ſur quoi, voyez *ſuprà*, *n.* 844 *& ſuiv.*

Parmi les dettes que contracte la communauté tripartite, pendant qu'elle dure, on doit comprendre, non-ſeulement celles qu'elle contracte envers des tiers, mais pareillement celles qu'elle contracte, ſoit envers la ſeconde femme, ſoit envers le ſurvivant, *putà*, pour la repriſe du prix de leurs propres aliénés durant la communauté tripartite, dans laquelle le prix eſt entré.

925. Les créances, tant de la ſeconde femme, que du ſurvivant, & de ſes enfans pour la repriſe de leur mobilier, ſtipulé propre par le contrat du ſecond mariage, & pour le préciput du ſecond mariage, ſont pareillement des dettes de la communauté tripartite.

926. Outre les dettes dont la communauté tripartite eſt chargée, elle eſt encore chargée de l'entretien de tous les héritages dont elle perçoit les revenus, tant de ceux du ſurvivant, que de ceux de la ſucceſſion du prédécédé, & de ceux de la ſeconde femme, *ſuprà*, *n.* 910 *& 911*; car les frais de cet entretien ſont une charge de la jouiſſance qu'elle en a.

La communauté tripartite eſt encore chargée des alimens, tant du ſurvivant, que de la ſeconde femme & des enfans, tant du premier, que du ſecond mariage, & des frais de leur éducation.

Enfin, on doit comprendre parmi les charges de la communauté tripartite, les frais du partage des biens de ladite communauté, de l'inventaire, & des autres actes qui ſe font pour parvenir audit partage.

926. Tout ce que nous avons dit dans cette Section & dans la précédente, des choſes qui entrent dans la communauté tripartite, & de ſes charges, peut s'appliquer aux autres communautés, compoſées d'un plus grand nombre de têtes. Les choſes qui entrent dans la communauté compoſée, ſont celles qui appartiennent à toutes les communautés dont elle eſt compoſée; & ſes charges ſont celles qui ſont charges de toutes leſdites communautés.

## SECTION III.

### *Quel eſt le chef de la communauté tripartite.*

927. Lorſque c'eſt l'homme, qui, étant en continuation de communauté avec les enfans de ſon premier mariage, contracte une communauté de biens avec une ſeconde femme qu'il épouſe; cet homme étant le chef, tant de la communauté qu'il a avec ſes enfans, que de la communauté conjugale qu'il a contractée avec ſa ſeconde femme, il ne peut y avoir de difficulté qu'il ſoit le chef de la communauté tripartite, qui eſt formée par l'union de ces deux communautés.

928. Lorſque c'eſt la femme, qui, étant en continuation de communauté avec ſes enfans, a contracté communauté avec ſon ſecond mari, c'eſt ce ſecond mari qui eſt le chef de la communauté tripartite : il l'eſt par lui même de la communauté conjugale; & la femme, en uniſſant à la communauté conjugale ſa communauté avec ſes enfans, perd pendant que cette union dure, la qualité qu'elle avoit de chef de cette communauté; & elle la transfere au ſecond mari, chef de la communauté conjugale.

929. Le chef de la communauté tripartite n'a pas, vis-à-vis des enfans qui ſont une tête dans cette communauté, le même pouvoir ſur les biens de cette communauté tripartite qu'il a vis-à-vis de la femme; il a ſur les biens de cette communauté, vis-à-vis de la femme, un pouvoir de maître abſolu, tel que nous avons vu qu'étoit le pouvoir du mari ſur les biens de la communauté conjugale, *ſuprà*, *part.* 2 : mais vis-à-vis des enfans, le chef de la communauté tripartite n'a qu'un pouvoir de libre adminiſtrateur, tel qu'eſt celui du ſurvivant ſur les biens de la continuation de communauté avec ſes enfans, comme nous l'avons vu au Chapitre précédent, *ſect.* 6.

Cela a lieu, ſoit que le chef de la communauté tripartite, ſoit l'homme qui s'eſt remarié; car il n'a pas pu, en ſe remariant, augmenter vis-à-vis de ſes enfans ſon pouvoir ſur les biens de la continuation de communauté qui eſt entr'eux & lui; ſoit que ce ſoit le ſecond mari de la femme qui s'eſt remariée; car elle n'a pu, en transférant à ſon ſecond mari ſa qualité de chef de la communauté qui eſt entr'elle & ſes enfans, lui transférer plus de pouvoir qu'elle n'en avoit.

Cette différence de pouvoir du chef de la communauté tripartite, vis-à-vis de la femme & vis-à-vis des enfans, ſe remarque dans le cas auquel le chef de la communauté tripartite auroit diſpoſé de quelques effets de cette communauté envers des étrangers, par donation entre-vifs; car cette donation ſeroit valable vis-à-vis de la femme, qui n'en pourroit prétendre aucune récompenſe; le pouvoir du chef de la communauté tripartite ſur les biens de cette communauté, étant vis-à-vis de la femme un pouvoir de maître abſolu, tel que celui d'un mari ſur les biens de la communauté conjugale qui lui donne le droit d'en diſpoſer à ce titre; *ſuprà*, *n.* 471.

Mais cette donation ne ſeroit pas valable vis-à-vis les enfans auxquels il ſeroit

ſeroit dû récompenſe de leur tiers dans les effets donnés; le chef de la communauté tripartite n'ayant, vis-à-vis deſdits enfans, ſur les biens de ladite communauté, qu'un pouvoir de libre adminiſtrateur, qui ne lui donne pas le droit d'en diſpoſer par donation entre-vifs.

## SECTION IV.

### *De la diſſolution de la communauté tripartite.*

930. Il eſt évident que la communauté tripartite ſe diſſout par la diſſolution de l'une ou de l'autre des communautés dont elle eſt compoſée; car il ne peut plus y avoir de communauté tripartite & compoſée, lorſqu'il n'en reſte plus qu'une.

Mais la diſſolution de l'une des deux communautés qui s'étoient réunies pour former la communauté tripartite, n'entraîne pas la diſſolution de l'autre.

Par exemple, lorſque le ſurvivant, du vivant de la ſeconde femme, ou de ſon ſecond mari, diſſout par ſon inventaire la continuation de commuté avec ſes enfans, la communauté conjugale avec la ſeconde femme ou le ſecond mari, continue de ſubſiſter.

*Vice verſâ*, lorſque la communauté conjugale a été diſſoute, ſoit par la mort de la ſeconde femme ou du ſecond mari, ſoit par une ſentence de ſéparation; ſi l'inventaire fait en exécution de la diſſolution de cette communauté, n'a pas été fait avec les enfans, la continuation de communauté du ſurvivant avec leſdits enfans, continue de ſubſiſter, & la femme ſurvivante reprend la qualité de chef de cette communauté, qu'elle avoit perdue en contractant communauté avec ſon ſecond mari.

La mort du ſurvivant diſſout les deux communautés.

## SECTION V.

### *De la renonciation à la communauté tripartite.*

### §. I.

#### *Du cas auquel c'eſt l'homme qui s'eſt remarié.*

931. De quelque maniere qu'arrive la diſſolution de la communauté tripartite, qui eſt entre l'homme ſurvivant, ſa ſeconde femme & ſes enfans du premier mariage, l'homme ſurvivant ne peut renoncer ni à l'une ni à l'autre des communautés dont elle étoit compoſée.

932. Lorſque la diſſolution de la communauté tripartite arrive par la diſſolution de celle qui étoit entre le ſurvivant & ſes enfans, la ſeconde femme ne peut pas non plus, tant que la communauté conjugale dure, renoncer ni à l'une ni à l'autre des communautés dont étoit compoſée la communauté tripartite.

933. Les enfans, en renonçant à la continuation de communauté qui étoit entre leur pere & eux, renoncent auſſi à la part qu'ils euſſent pu prétendre dans la communauté conjugale de leur pere avec ſa ſeconde femme, à laquelle ils ne pouvoient avoir de droit, que par la communauté avec leur pere, à laquelle ils ont renoncé.

Mais tant que leſdits enfans ne rénoncent pas à la communauté qui étoit entre leur pere & eux, ils ne peuvent rénoncer à la communauté conjugale, à laquelle leur pere a le droit d'unir la communauté qu'il avoit avec eux, tant pour leur part, que pour la ſienne, ſans avoir beſoin de leur conſentement; il ne ſuffiroit pas aux enfans, pour pouvoir renoncer à la part qu'ils ont dans la communauté conjugale, & ſe décharger des dettes de ladite communauté, qu'ils déclaraſſent qu'ils renoncent à leur communauté avec leur pere pour le temps qu'elle a duré depuis le ſecond mariage de leur pere; car la communauté avec leur pere, étant la même communauté, tant avant, que depuis le ſecond mariage, ils ne peuvent y renoncer pour le temps ſeulement qu'elle a duré depuis le ſecond mariage; ils ne peuvent y renoncer, qu'ils n'y renoncent pour tout le temps qu'elle a duré depuis la mort de leur mere prédécédée, tant avant, que depuis le ſecond mariage de leur pere. Voyez *infrà*.

934. Dans la Coutume d'Orléans, qui ne permet pas aux enfans, ou autres héritiers du prédécédé, qui étoient majeurs lors de la mort du prédécédé, de renoncer à la continuation de communanté avec le ſurvivant; ils ne peuvent de leur chef, renoncer ni à l'une ni à l'autre des communautés dont la communauté tripartite étoit compoſée.

935. L'effet de la rénonciation des enfans à leur communauté avec le ſurvivant, eſt que les biens de cette communauté qui étoient entrés dans la communauté tripartite, ſont communs à l'homme ſurvivant & à ſa ſeconde femme ſeulement, qui y ont chacun moitié, à la charge du compte qui eſt dû auxdits enfans, des biens de la ſucceſſion de leur mere prédécédée. Si néanmoins par le contrat du ſecond mariage, il y avoit ſéparation de dettes, la ſeconde femme ne ſeroit tenue du compte que pour la geſtion faite depuis le ſecond mariage; l'homme ſurvivant ſeroit tenu ſeul du compte de celle faite auparavant.

936. Lorſque les enfans acceptent la communauté qui a été entre le ſurvivant & eux, cette communauté a exiſté juſqu'au temps de la diſſolution, & par conſéquent la communauté tripartite a pareillement exiſté juſqu'à ce temps; & après cette diſſolution, il reſte une maſſe indiviſe des biens de cette communauté tripartite, à partager entre les trois têtes qui y ont part: mais lorſque les enfans renoncent à la communauté qu'ils avoient droit de demander au ſurvivant, cette communauté eſt cenſée n'avoir jamais exiſté, ni par conſéquent la tripartite.

937. Arrivant la diſſolution de la communauté conjugale, la ſeconde femme peut y renoncer; & ſa rénonciation à cette communauté renferme auſſi néceſſairement ſa rénonciation à la part qu'elle eût pu, ſi elle l'eût acceptée, prétendre dans la communauté de ſon mari avec ſes enfans, ne pouvant y avoir droit que par la communauté conjugale à laquelle elle a renoncé.

L'effet de cette rénonciation de la ſeconde femme à la communauté conjugale, eſt que n'y ayant pas eu lieu à la communauté conjugale, il n'y a pas eu de communauté tripartite; & ceux des biens de la communauté du ſurvivant qui y ſeroient entrés, ne ſont communs qu'entre l'homme ſurvivant & ſes enfans, qui y ont chacun moitié.

## §. II.

### *Du cas auquel c'eſt la femme qui s'eſt remariée.*

938. De quelque maniere que ſoit arrivée la diſſolution de communauté tripartite, qui étoit entre la femme ſurvivante, ſes enfans & ſon ſecond mari, le ſecond mari, qui en étoit le chef, ne peut rénoncer ni à l'une ni à l'autre des communautés dont elle étoit compoſée.

939. La femme ne peut pas non plus renoncer ni à l'une ni à l'autre, tant que dure la communauté conjugale.

Mais après la diſſolution de la communauté conjugale, elle peut y rénoncer; & en y renonçant, elle y renonce tant pour elle que pour ſes enfans; car de même qu'en la qualité qu'elle avoit de chef & de libre adminiſtratice de la communauté d'entr'elle & ſes enfans, elle a pu contracter, tant pour elle que pour ſes enfans, une nouvelle communauté avec ſon ſecond mari, ſans avoir pour cela beſoin du conſentement de ſes enfans; de même elle peut y rénoncer, tant pour elle que pour ſes enfans, ſans avoir beſoin de leur conſentement, en la même qualité de chef & de libre adminiſtratrice de la communauté d'entr'elle & ſes enfans, qu'elle reprend après la diſſolution de la communauté conjugale. Cette rénonciation qu'elle fait à la communauté conjugale, qu'elle étoit cenſée avoir contractée tant pour elle que pour ſes enfans, étant un acte qui fait partie de l'adminiſtration qu'elle a des droits de la communauté d'entr'elle & ſes enfans, leſdits enfans ne peuvent la critiquer.

Si la communauté avec le ſecond mari, étoit une communauté manifeſtement opulente, à laquelle il parût que la femme n'a rénoncé que pour favoriſer les enfans de ſon ſecond mariage; les enfans du premier mariage venant par la ſuite avec eux à la ſucceſſion de la mere commune, pourroient-ils prétendre que l'avantage que les enfans du ſecond lit ont reſſenti de cette rénonciation, eſt un avantage indirect que leur a fait leur mere, ſujet à rapport?

940. L'effet de cette rénonciation de la femme à la communauté conjugale, eſt que les biens de la communauté d'entr'elle & ſes enfans, qu'elle avoit fait entrer dans la communauté conjugale, tant pour la part de ſes enfans, que pour la ſienne, appartiennent par cette rénonciation au ſecond mari ſeul; à moins que par une clauſe du contrat du ſecond mariage elle n'en eût ſtipulé la repriſe en cas de rénonciation, auquel cas elle exerce cette repriſe, tant pour elle que pour ſes enfans, avec leſquels elle eſt en continuation de communauté.

941. De même que les enfans qui ſont en continuation de communauté avec leur mere ſurvivante, ne peuvent, après la diſſolution de la communauté conjugale, critiquer la rénonciation que leur mere juge à propos d'y faire, comme nous venons de le dire; de même lorſque leur mere juge à propos d'accepter cette communauté conjugale, ils ne peuvent critiquer l'acceptation qu'elle en a faite; elle l'accepte tant pour eux que pour elle; & elle les oblige à cette communauté conjugale, ſans qu'ils puiſſent en être déchargés, qu'en renonçant entiérement à la communauté, qui a continué entre leur mere ſurvivante & eux, pour tout le temps qu'elle a duré, auquel cas ils n'ont plus de part à la communauté conjugale, ne pouvant en avoir que par leur communauté avec le ſurvivant, à laquelle ils ont renoncé.

## SECTION VI.

### *Du partage des biens de la communauté tripartite; des prélevemens & des rapports qui ſe font à ce partage.*

942. Après la diſſolution de la communauté tripartite, le partage des biens de ladite communauté, doit ſe faire par tiers entre les trois parties qui y ont droit; ſçavoir, 1°. le ſurvivant, ou la ſurvivante qui eſt ou étoit en continuation de communauté avec ſes enfans héritiers du prédécédé; 2°. leſdits enfans; 3°. la ſeconde femme, ou le ſecond mari.

Pour y parvenir, il faut faire un état des créances que chacune deſdites trois parties a contre la communauté tripartite, & un état des dettes dont chacune deſdites trois parties eſt débitrice envers ladite communauté.

Les créances qu'ont chacune des parties contre la communauté, donnent lieu à des prélevemens.

Les dettes deſdites parties donnent lieu aux rapports.

943. Le ſurvivant qui, étant en continuation de communauté avec ſes enfans, s'eſt remarié, peut avoir contre la communauté tripartite, des créances de trois eſpeces; ſçavoir, 1°. des créances qui lui ſont particulieres; 2°. des créances qui lui ſont communes & à ſes enfans, comme dépendantes de la communauté qui eſt entr'eux; 3°. des créances qui lui ſont communes & à ſa ſeconde femme ou à ſon ſecond mari, comme dépendantes de leur communauté conjugale.

Une créance du ſurvivant, qui lui eſt particuliere, eſt celle qu'il a pour la repriſe du prix de ſes propres aliénés durant la communauté tripartite, dont le prix eſt entré dans ladite communauté.

944. Les créances du ſurvivant qui lui ſont communes avec ſes enfans, comme dépendantes de la continuation de communauté qui eſt entr'eux, ſont, 1°. la créance pour la repriſe du mobilier, dépendant de la continuation de communauté qui a été réaliſée & réſervée propre par le contrat du ſecond mariage; 2°. la repriſe du prix des conquêts de la continuation de communauté, faits avant le ſecond mariage, qui ont été aliénés pendant la communauté tripartite, & dont le prix y eſt entré; 3°. la créance du préciput ſtipulé par le contrat du ſecond mariage, lorſque le ſurvivant a ſurvécu

la ſeconde femme ou ſon ſecond mari, eſt auſſi une créance dépendante de la communauté du ſurvivant & ſes enfans; car cette créance étant un droit qu'il a acquis pendant que cette communauté duroit, par le contrat qu'il a fait avec ſa ſeconde femme ou ſon ſecond mari, il a acquis ce droit à la communauté qu'il a avec ſes enfans, à laquelle il acquiert tout ce qu'il acquiert durant qu'elle dure, ſur-tout à titre de commerce; tel qu'eſt le titre de conventions matrimoniales.

945. Les créances qu'avoit le ſurvivant contre ſa communauté avec ſes enfans, ſoit pour la repriſe de ſon mobilier, réaliſé par le contrat de ſon premier mariage, ſoit pour le remplir du prix de ſes propres aliénés durant ſon premier mariage, ou pendant ſa viduite, ſont des créances qu'il a contre la communauté tripartite qui lui ſont communes, & à ſa ſeconde femme ou ſon ſecond mari, comme dépendantes de leur communauté conjugale.

Elles ſont créances contre la communauté tripartite; car toutes les dettes de la communauté du ſurvivant avec ſes enfans, qui en étoit débitrice, deviennent, par la communauté conjugale dans laquelle elles entrent, dettes de la communauté tripartite, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 918, pourvu qu'il n'y eût pas, par le contrat du ſecond mariage, une ſéparation de dettes; car en ce cas, la communauté conjugale n'en étant pas tenue, elles ne ſeroient pas créances contre la communauté tripartite, qui n'eſt débitrice que des dettes qui le ſont des deux communautés *ſuprà*, *n.* 917, elles ne ſeroient en ce cas, créances que contre la communauté particuliere du ſurvivant & de ſes enfans.

Ces créances ſont communes au ſurvivant & à ſa ſeconde femme ou à ſon ſecond mari; car le ſurvivant a apporté à la communauté conjugale de ſon ſecond mariage tout ſon mobilier, tant celui qui dépendoit de ſa communauté avec ſes enfans, que celui qui lui étoit propre; & par conſéquent il y a apporté leſdites créances, qui ſont des créances mobiliaires.

Si néanmoins par le contrat du ſecond mariage, il y avoit une clauſe générale de réaliſation du mobilier du ſurvivant, dans laquelle leſdites créances ſe trouvaſſent compriſes, leſdites créances ſeroient des créances du ſurvivant contre la communauté tripartite, qui ſeroient particulieres au ſurvivant.

946. A l'égard du préciput du premier mariage, c'eſt auſſi une créance qu'a le ſurvivant contre la communauté tripartite, qui eſt tenue de toutes les dettes mobiliaires dont eſt tenue celle qui eſt entre le ſurvivant & ſes enfans; s'il n'y a clauſe de ſéparation de dettes au contrat du ſecond mariage comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 918, le ſurvivant prélevera donc ce préciput ſur la maſſe de la communauté tripartite; mais ce préciput étant un gain du premier mariage, il eſt obligé, par le ſecond chef de l'Edit des ſecondes Noces, de le conſerver après ſa mort aux enfans de ſon premier mariage, comme nous l'avons en notre Traité du Mariage, Partie ſeptieme.

947. Les dettes dont le ſurvivant eſt débiteur envers la communauté tripartite peuvent auſſi être de trois eſpeces. Il y en a dont il eſt ſeul débiteur; d'autres dont il eſt débiteur conjointement avec ſes enfans; d'autres dont il eſt débiteur conjointement avec ſa ſeconde femme ou ſon ſecond mari, comme étant dépendantes de la communauté conjugale avec la ſeconde femme ou le ſecond mari.

Les dettes dont le survivant est seul débiteur envers la communauté tripartite, sont celles dont il est débiteur pour impenses nécessaires ou utiles, faites pendant qu'elle duroit, des deniers de ladite communauté aux héritages propres dudit survivant, autres que celles de simple entretien; ou pour des sommes qu'il en a tirées pour payer des dettes qui lui étoient particulieres, n'étant entrées ni dans l'une ni dans l'autre des communautés, soit par leur nature, si elles étoient dues pour le prix de quelqu'un de ses héritages propres *suprà*, *n.* 239, soit parcequ'elles en avoient été exclues par des séparations de dettes par les contrats, tant du premier que du second mariage. Et généralement le survivant est seul débiteur envers la communauté tripartite, des sommes qu'il en a tirées pour des affaires qui lui étoient particulieres, & dont il a seul profité.

948. Les dettes dont le survivant est débiteur, conjointement avec ses enfans, envers la communauté tripartite, sont celles dont il est débiteur pour impenses nécessaires ou utiles, autres que celles de simple entretien, faites des deniers de la communauté tripartite aux héritages dépendans de la communauté du survivant & de ses enfans: ou pour le paiement fait des deniers de la communauté tripartite de dettes dépendantes de la communauté particuliere du survivant & de ses enfans.

949. Les dettes dont le survivant est débiteur conjointement avec sa seconde femme ou son second mari envers la communauté tripartite, sont celles dont il étoit débiteur envers la communauté particuliere qui est entre lui & ses enfans.

Ces dettes sont dues à la communauté tripartite, car le survivant en contractant, tant pour lui que pour sa communauté avec ses enfans, la communauté conjugale qu'il a contractée avec sa seconde femme, il y a apporté tous les effets mobiliers de sa communauté avec ses enfans, & en a rendu participante la communauté conjugale, & par conséquent il l'a rendue participante des créances mobiliaires que ladite communauté avoit contre lui; ces créances étant communes aux deux communautés, sont créances de la communauté tripartite, *suprà*, *n.* 909; & le survivant qui en est débiteur, en est débiteur envers la communauté tripartite, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas eu, par le contrat du second mariage, une clause de réalisation, dans laquelle lesdites créances se soient trouvées renfermées.

Ces dettes sont dues par le survivant, conjointement avec sa seconde femme; car par la communauté conjugale que le survivant a contractée avec elle, il l'a rendue participante de toutes ses dettes passives mobiliaires, & par conséquent de celles dont il étoit débiteur envers sa communauté avec ses enfans ainsi que de toutes les autres; pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas, par le contrat du second mariage, une clause de séparation de dettes.

950. Les deux autres têtes de la communauté tripartite peuvent aussi avoir contre elle, chacune des créances & des dettes qui leur sont particulieres.

La créance qu'ont les enfans contre la communauté tripartite, pour la reprise du prix de leurs propres aliénés durant ladite communauté qui y est entré, est une créance qui leur est particuliere.

Les créances qu'ils avoient contre leur communauté avec le survivant, telles

que celles mentionnées, *suprà*, *n.* 892, deviennent une créance qu'ils ont contre la communauté tripartite, par les raisons expliquées *suprà*, *n.* 949, laquelle créance leur est particuliere.

Si néanmoins il y avoit, par la clause du contrat du second mariage, une séparation de dettes, la communauté conjugale n'étant pas en ce cas tenue de cette dette, les enfans en ce cas, n'auroient pas cette créance contre la communauté tripartite; ils ne l'auroient que contre leur communauté avec le survivant.

951. Les dettes des enfans envers la communauté tripartite dont ils sont débiteurs seuls, sont celles de ce qu'ils ont tiré de ladite communauté, soit pour le paiement de leurs dettes propres, soit pour quelqu'autre affaire que ce soit qui leur fût particuliere, & dont ils aient seuls profité.

Les enfans sont aussi seuls débiteurs envers la communauté tripartite, des dettes dont ils étoient débiteurs envers leur communauté avec le survivant; les créances que cette communauté avoit contr'eux, entrant dans la communauté conjugale, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 909 & 910, elles deviennent créances de la communauté tripartite; à moins que par le contrat du second mariage, il n'y eût une clause de réalisation dans laquelle elles se trouvassent renfermées.

952. Les créances qu'a la seconde femme contre la communauté tripartite qui lui sont particulieres, sont celles qu'elle a pour la reprise du prix de ses propres aliénés pendant ladite communauté, pour la reprise de son mobilier réalisé par son contrat de mariage, & même pour son préciput, lorsque c'est elle qui survit.

Ce préciput est une dette de la communauté tripartite, dont les enfans sont tenus pour leur tiers; car le survivant en sa qualité de chef de la communauté qui est entr'eux, a pu, en contractant, durant cette communauté, la dette de ce préciput envers sa seconde femme, y obliger ses enfans, de même qu'il les oblige à toutes les autres dettes qu'il contracte durant cette communauté: envain opposeroit-on que le survivant ne peut disposer par donation; car le contrat de communauté, dont la convention de préciput fait partie, est un contrat de commerce, & non une donation.

953. La seconde femme est débitrice seule envers la communauté tripartite, de ce qu'elle en a tiré, soit pour le paiement de ses dettes propres, soit pour quelqu'autre affaire qui lui fût particuliere, & dont elle ait seule profité.

Tout ce qui vient d'être dit des créances & des dettes de la seconde femme, s'applique pareillement au second mari.

954. Les créances qu'a contre la communauté tripartite, chacune des parties qui y a part, donnent lieu à des prélevemens sur la masse des biens de ladite communauté.

Chacune des parties préleve la somme dont elle se trouve créanciere, déduction faite de ce qu'elle doit à ladite communauté.

La partie qui en est créanciere seule, la préleve à son profit seul: à l'égard de celles dont le survivant est créancier conjointement avec ses enfans du précédent mariage, le survivant après avoir prélevé la somme dont il est

créancier avec ſes enfans, doit la reporter dans la maſſe particuliere des biens de la communauté qui eſt à partager entre lui & ſes enfans.

Il en eſt de même des créances que le ſurvivant a conjointement avec ſa ſeconde femme; il reporte dans la communauté conjugale, ce prélevement qu'il en a fait ſur la maſſe des biens de la communauté tripartite.

955. Les dettes dont chacune des parties eſt débitrice envers la communauté tripartite, donne lieu à des rapports.

La partie doit rapporter à la maſſe des biens de cette communauté, la ſomme dont elle s'eſt trouvée débitrice, déduction faite de ce qui lui eſt dû; & cette ſomme lui doit être précomptée ſur la part qu'elle a dans ladite maſſe.

956. Les interêts des prélevemens & des rapports, ſont dus du jour de la diſſolution de communauté, & ſe joignent aux ſommes principales, prélevées ou rapportées.

957. Lorſqu'un enfant du premier mariage, a été doté des deniers de la communauté tripartite; ſi le montant de cette dot excede la part qui lui revient dans la ſubdiviſion des biens de ladite communauté, le ſurplus ſera précompté ſur la part du ſurvivant, lequel le retiendra ſur les autres biens de cet enfant, qu'il a entre les mains, ſi tant s'en trouve; le ſurvivant étant cenſé n'avoir donné *de ſuo*, que ce qui manqueroit des biens de cet enfant pour fournir cette dot.

958. Lorſque quelqu'un des enfans du ſecond mariage, a été doté des deniers de la communauté tripartite, le rapport en eſt dû à ladite communauté, par le ſurvivant pour moitié, & par la ſeconde femme pour l'autre moitié, quand même elle n'auroit pas été partie en ſon nom au contrat de dotation; ſauf qu'en ce cas, elle n'eſt tenue du rapport de la moitié de la dot, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a amendé de la communauté, au lieu que lorſqu'elle y a été partie en ſon propre nom, elle en eſt tenue indéfiniment. La raiſon eſt, que quoique la femme n'ait pas été partie en ſon nom au contrat de dotation, ſon mari, comme chef de la communauté conjugale, eſt cenſé avoir fourni la dot, tant pour lui que pour elle en ſa qualité de commune, ſans avoir pour cela beſoin de ſon conſentement, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 647.

## SECTION VII.

### *Comment les parties qui ont part à la communauté tripartite, ſont-elles tenues des dettes de ladite communauté.*

#### 1°. *Comment en ſont-elles tenues entr'elles.*

959. Les parties qui ont part à la communauté tripartite, ſont entr'elles tenues des dettes de ladite communauté, chacune pour la part qu'elle a dans les biens de ladite communauté.

Chacune des têtes de cette communauté y ayant part pour un tiers, elles ſont tenues chacune des dettes pour un tiers entr'elles; c'eſt pourquoi ſi l'une deſdites têtes payoit le total d'une de ces dettes au créancier, elle auroit

roit recours contre les autres têtes pour le tiers que chacune d'elles en doit porter.

960. Obſervez néanmoins que lorſque le paſſif excede l'actif, la ſeconde femme n'eſt tenue de ſon tiers des dettes de la communauté tripartite, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a amendé des biens de la communauté conjugale; car ne faiſant une tête dans la communauté tripartite, que par rapport à la communauté conjugale qu'elle a contractée avec le ſurvivant, elle ne doit être tenue des dettes que ſuivant les regles de la communauté conjugale, c'eſt-à-dire, juſqu'à concurrence de ce qu'elle amende des biens de cette communauté conjugale; le ſurplus doit être porté par le ſurvivant & les enfans du premier mariage: ces enfans doivent porter leur part de ce ſurplus; car le ſurvivant comme chef de la continuation de communauté qui eſt entre lui & eux, a fait, tant pour eux que pour lui, le contrat de communauté conjugale avec ſa ſeconde femme, & a contracté, tant pour eux que pour lui, les obligations renfermées dans ce contrat, dont celles d'acquitter ce ſurplus de dettes, fait partie.

961. *Vice versâ*, dans le cas auquel une femme ſurvivante étant en continuation de communauté avec ſes enfans, a contracté une communauté conjugale avec un ſecond mari, ce qui a formé une communauté tripartite, leſdits enfans ne ſont tenus, de même que leur mere, des dettes de cette communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'ils amendent des biens de la communauté conjugale: le ſecond mari eſt tenu du ſurplus; car la femme, comme chef de la continuation de communauté qui étoit entr'elle & leſdits enfans, a contracté, tant pour elle que pour eux, la communauté avec ſon ſecond mari, & les y a aſſociés aux mêmes droits & conditions, qu'elle y a été elle-même aſſociée.

962. Les enfans de la femme prédécédée qui ſont en continuation de communauté avec leur pere, ayant, ſuivant les principes de la Coutume de Paris, le privilege de n'être tenus des dettes de la continuation de communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'ils ont amendé des biens, tant de la continuation de communauté, que de la communauté d'entre le ſurvivant & leur mere prédécédée, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 905, leſdits enfans ne doivent être tenus des dettes de la communauté tripartite, que juſqu'à cette concurrence; car ils n'en ſont tenus qu'autant qu'elles ſont dettes de leur continuation de communauté: leur pere & ſa ſeconde femme doivent être tenus du ſurplus, chacun par moitié, ſauf qu'elle n'eſt tenue de cette moitié que juſqu'à concurrence de ce qu'elle amende des biens de la communauté conjugale.

### 2°. *Comment les parties ſont-elles tenues vis-à-vis du créancier.*

963. Les dettes de la communauté tripartite ſont dues pour le total vis-à-vis du créancier, par la partie qui les a contractées, ou du chef de qui elles procedent; telles que ſont les dettes mobiliaires d'une ſucceſſion échue à l'une des parties, quoique vis-à-vis de ſes aſſociés elle n'en ſoit tenue que pour ſa part.

Les autres parties qui n'ont pas contracté les dettes, & du chef de qui

elles ne procedent pas, & qui n'en ſont débiteurs, que comme faiſant une tête dans la communauté, ne ſont tenues deſdites dettes, même vis-à-vis le créancier, que pour la part qu'elles ont dans la communauté.

Obſervez néanmoins, que quoique leſdites parties ne ſoient tenues perſonnellement deſdites dettes que pour leur part, elles peuvent, lorſque ce ſont des dettes hypothécaires contractées par le chef de la communauté, être tenues hypothécairement pour le total, ſi elles poſſedent quelque conquêt immeuble de ladite communauté, car il a pu en ſa qualité de chef, les hypothéquer pour le total aux dettes qu'il contractoit.

## SECTION VIII.

*Eſpece particuliere dans laquelle on a agité la queſtion, ſi un enfant pouvoit prétendre contre ſa belle-mere, la continuation de communauté par tiers.*

964. Un homme étant en continuation de communauté avec un enfant mineur, de ſon premier mariage paſſe à un ſecond, & par le contrat du ſecond mariage, il eſt expreſſément ſtipulé qu'il ſera tenu de faire inceſſamment inventaire à l'effet de diſſoudre ſa communauté avec l'enfant de ſon premier mariage, à peine des dommages & intérêts de la future épouſe; il ſe paſſe un très-long temps depuis ce ſecond mariage, pendant lequel cet homme fait de groſſes acquiſitions, & augmente conſidérablement les biens de ſa communauté; il meurt enfin ſans avoir exécuté la convention, & ſans avoir fait inventaire, en laiſſant pour ſon unique héritier l'enfant de ſon premier mariage. Cet enfant prétend que faute d'inventaire, il a continué d'être en communauté avec ſon pere juſqu'à ſa mort; qu'il a droit, en conſéquence, de prétendre dans tous les biens de la communauté un tiers de ſon chef, un autre tiers comme héritier de ſon pere, & qu'il ne doit reſter par conſéquent qu'un tiers dans leſdits biens pour la veuve. Cette veuve prétend au contraire, que ſon mari en s'obligeant envers elle, à faire ceſſer inceſſamment ſa communauté avec l'enfant du premier mariage, s'eſt engagé par-là envers elle, à empêcher l'enfant du précédent mariage, de pouvoir prétendre aucune part dans les biens de leur communauté, qui pût diminuer la moitié qu'elle y doit avoir; cette obligation à laquelle l'enfant, comme unique héritier de ſon pere, a ſuccédé en entier, le rend non recevable à demander de ſon chef aucune part dans leſdits biens; il doit ſeulement y prélever la moitié de la ſomme à laquelle ſera fixé par commune renommée, le montant du mobilier de la continuation de communauté qui exiſtoit au temps que le mari s'étoit obligé de la diſſoudre, & qu'il s'eſt confondu, faute d'inventaire, avec celui de la communauté conjugale.

Il y a ſur cette queſtion deux opinions; la premiere, eſt de ceux, qui par les raiſons que nous venons d'expoſer, penſent que dans cette eſpece, l'enfant du premier mariage eſt non-recevable à demander la part qu'il a de ſon chef, dans les biens de la communauté de ſon pere avec ſa belle-mere.

La ſeconde, eſt de ceux qui penſent que l'enfant du premier mariage, nonobſtant la convention portée au contrat du ſecond mariage, doit être reçu à

demander la part dans tous les biens de la communauté qui a continué par tiers, faute d'inventaire, jusqu'à la mort du mari. La raison sur laquelle ils se fondent, est que la veuve doit s'imputer de s'être mariée, sans faire exécuter auparavant la convention par laquelle son mari s'étoit obligé de dissoudre par un inventaire; sa communauté avec son enfant qu'il en résulte une présomption d'un concert de fraude entre l'homme & la seconde femme, pour priver l'enfant du premier mariage, de sa part dans les gains qui pourroient être faits pendant le second mariage, pendant qu'en cas de mauvaise fortune, il demeureroit exposé à supporter sa part des pertes; que ce concert de fraude présumé, fournit à l'enfant du premier mariage *replicationem doli* contre l'exception résultante de la convention portée au contrat du second mariage, qui lui seroit opposée par sa belle-mere. Cette opinion paroit autorisée par un Arrêt du mois de Juillet 1655, cité par Renusson.

On peut encore ajouter en faveur de cette opinion, un Arrêt du 3 Mai 1758, rapporté par Denisart, qui a débouté une femme de sa demande en dommages & intérêts contre la succession de son mari, qu'elle prétendoit résulter de l'inexécution d'une clause de son contrat de mariage, portant qu'il seroit fait inventaire avant ou après la célébration, pour dissoudre la communauté avec les enfans du premier mariage, à laquelle le mari n'avoit satisfait que trois ans & demi après le mariage.

965. Dans la premiere opinion qui juge l'enfant du premier mariage non-recevable dans cette espece, à demander la part qu'il a de son chef dans les biens de la communauté avec la seconde femme, observez que comme c'est la qualité qu'il a d'héritier de son pere, qui le rend non-recevable, il ne doit être non-recevable que pour la part pour laquelle il est héritier. C'est pourquoi s'il y avoit quatre enfans du second mariage qui vinssent à la succession de son pere avec lui, n'étant héritier de son pere que pour un cinquieme, il ne devroit être exclus que pour un cinquieme, de la part qu'il a dans les biens de la communauté de sa belle-mere; sauf à elle son recours contre ses quatre enfans, pour les dommages & intérêts résultant de ce que la moitié qu'elle devoit avoir dans les biens de la communauté, a été diminuée, par la part qu'y a eu de son chef l'enfant du premier mariage.

966. Quoique l'enfant du premier mariage soit héritier unique, lorsque sa belle-mere est donataire de part d'enfant, & a droit en cette qualité de partager avec lui par moitié, les biens de la succession de son mari, l'enfant en ce cas, en admettant la premiere opinion, ne devroit être exclus que pour moitié, de la part qu'il a de son chef dans les biens de la communauté conjugale de son pere avec sa belle-mere; car la belle-mere en sa qualité de donataire de part d'enfant, étant tenue pour moitié de toutes les dettes de la succession de son mari, elle a dû faire confusion sur elle-même pour moitié, de l'obligation que son mari avoit contractée envers elle, de faire cesser la communauté avec l'enfant du premier mariage; au moyen de quoi cet enfant n'en demeurant plus débiteur envers elle que pour moitié, ne doit être exclus que pour moitié, du tiers qu'il a de son chef dans les biens de ladite communauté.

*Fin du troisieme Volume.*

Universitas BIBLIOTHECA Ottaviensis

La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Échéance

The Library
University of Ottawa
Date due

a39003 0095055866